ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO PENALE ITALIANO

ENCICLOPEDIA

DEL

DIRITTO PENALE ITALIANO

RACCOLTA DI MONOGRAFIE

A CURA DI

ENRICO PESSINA

Professore ordinario di diritto penale nella Università di Napoli.

VOLUME QUINTO

1904

SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

MILANO - Via Kramer, 4 A - Galleria De Cristoforis, 54

MONOGRAFIE CONTENUTE NEL VOLUME:

INDICE SOMMARIO DELLE MATERIE

Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono

(*Libro I, titolo IV del codice penale*)

pel prof. CESARE CIVOLI.

Del tentativo

(Libro I, titolo V del codice penale)

pel prof. Cesare Civoli.

Del concorso di più persone in uno stesso reato.

(Libro I titolo VI del codice penale)

pel prof. Pietro Nocito.

Del concorso di reati e di pene

(Libro I, titolo VII del codice penale)

per il professor Bernardino Alimena.

Della recidiva

(Libro I, titolo VIII nel codice penale)

pel prof. FERDINANDO PUGLIA.

CESARE CIVOLI

DELLA IMPUTABILITÀ

E

DELLE CAUSE CHE LA ESCLUDONO O LA DIMINUISCONO

(Libro I, titolo IV del Codice penale)

CAPO PRELIMINARE.

Osservazioni critiche sul contenuto del titolo IV del libro I.

1. A seconda che la si riferisca all'uomo, come nel comune linguaggio più di frequente avviene, od alle azioni da lui compiute, la parola *imputabilità* assume un significato diverso. Soggettivamente essa indica [1]) l'attitudine ad essere chiamato a rispondere delle azioni compiute: oggettivamente indica la incriminabilità di un fatto.

Per quanto non sia forse cosa del tutto corretta [2]) spendere in una sola volta una sola parola in un doppio uso, pure è certo, che

---

[1]) Il CARMIGNANI (*Iuris criminalis elementa,* Pisa, 1819, vol. I, pag. 29 e seg.), contrapponendo l'imputabilità politica all'imputazione civile ha fatta completa astrazione da questo eventuale significato, e si potrebbe quasi crederlo abolito per effetto della sua autcrità, ove si ponesse mente soltanto alle definizioni, che della imputabilità e della imputazione vengon date dagli scrittori, che vengon comunemente considerati quali insindacabili custodi ed interpreti delle sane tradizioni giuridiche. Ma che ai suoi tempi l'uso della parola in senso soggettivo non fosse escluso dagli scritti giuridici, lo prova fra gli altri l'esempio fornito da quello stesso LAMPREDI (*Iuris publici universalis theoremata,* Livorno, 1786, vol. I, pag. 76 e seg.), al quale il CARMIGNANI rimanda per più diffuse notizie intorno alla potestà incriminatrice del legislatore; e che scrittori non ispregevoli continuassero anche dopo a servirsene in tal senso, si può rilevare dalla lettura della *Teorica del codice penale toscano* (Firenze, 1854, pag. 47 e seg.).

[2]) Il codice sardo (capo II del titolo II del libro I), il napoletano (capo III del titolo II del libro I), il parmense (sezione I del capo IV del libro I), l'estense (titolo V del libro I), il regolamento gregoriano (titolo VI del libro I) non parlavano di imputazione, nè di imputabilità, ma il titolo III del libro I del codice toscano, del quale si tenne conto speciale nella redazione del codice italiano, portava la rubrica « Delle cause che escludono o diminuiscono l'imputazione », ed essa venne (salva l'insignificante sostituzione di *cagioni generali* a *cause*) riprodotta nel progetto DE FALCO (capo I del titolo III del libro I). Ma nel verbale di assegnazione delle varie parti del progetto ai singoli membri della commissione incaricata dell'esame di esso il capo relativo venne designato (*Il progetto del codice penale e di polizia punitiva pel regno d'Italia,* Firenze, 1870, vol. I, pag. 53) come trattante delle cause che escludono o diminuiscono l'*imputabilità,* e questa dizione trapassò poi in tutti i vari progetti, e da essi nel codice.

ciò si è verificato nella redazione della rubrica del titolo IV del libro I.

Dei diciassette articoli che lo costituiscono, alcuni invero stabiliscono in base a quali regole, e fino a qual punto, si abbia ad essere agli effetti penali dichiarati autori di fatti materialmente compiuti: altri determinano il valore giuridico di circostanze obbiettive, che sulla imputabilità soggettiva dell'agente possono non aver esplicata alcuna influenza, pur rendendo oggettivamente non imputabile la sua azione.

Chi ha ucciso od uniformandosi ad un ordine legittimo o costrettovi dalla necessità di difendersi può eventualmente avere agito in uno stato di inconsapevolezza dipendente dalla anormalità permanente o transitoria delle sue condizioni psichiche: ma l'esenzione dalla pena stabilita ai numeri 1 e 2 dell'art. 49 non si fonda sulla presupposizione di tale ipotesi, giacchè si estende anche a chi, nel momento in cui agiva, godeva della più perfetta lucidità mentale e della massima tranquillità d'animo.

Come poi nessuna facoltà umana è incessantemente operosa e tanto meno opera illimitatamente, così l'attitudine a dover rispondere penalmente del proprio operato non implica, che tutti quanti i fatti personalmente compiuti abbiano ad essere considerati agli effetti penali quali azioni proprie. Può questa attitudine conservarsi anche da chi ceda ad una forza preponderante, che sottragga le sue membra all'azione direttiva dei centri nervosi, ed assai più facilmente da chi agisca ignorando od erroneamente apprezzando le condizioni di fatto, nelle quali è destinata a svolgersi l'opera sua.

Ma nel primo caso la conservazione della libertà morale, come non vale ad assicurare la libertà fisica a chi è dotato d'animo tanto invitto da non poter essere piegato ad attribuire al timore, nè al dolore il valore di causa determinante delle sue volizioni, così non impedisce, che per gli effetti penali al fatto fisicamente compiuto dal coartato si disconosca il carattere di azione sua; e nel secondo, se l'ignoranza o l'errore circa ad un dato gruppo di rapporti sono conciliabili colla conservazione della capacità generica a concepire le nozioni più astratte ed eventualmente ad assumerle come motivi d'agire, intanto alterano e possono anche distruggere quel rapporto fra il fatto compiuto ed il fine propostosi dall'agente nel compierlo, che è il prodotto del funzionamento normale del meccanismo volitivo.

Sicchè si deve senz'altro ritenere, che alla parola *imputabilità* non compete nella ricordata rubrica un significato determinato e specifico, ma che con essa si volle solo in modo generico e vago accennare ia principî fondamentali in tema di responsabilità penale.

2. La materia regolata in questo titolo va pertanto divisa in tre distinte sezioni.

Nella prima devono esporsi le regole della imputazione penale; nella seconda trovan posto le norme misuratrici della imputabilità penale dell'agente; e la terza è da consacrare all'esame dei casi, in cui azioni formalmente corrispondenti alle ipotesi delittuose previste dalla legge cessano d'esser punibili per mancanza d'alcuno fra gli elementi costitutivi del reato.

SEZIONE I.

Della imputazione penale

CAPO I.

Nozione della imputazione penale.

3. Le regole fissate dal diritto intorno alla imputazione penale non possono evidentemente concernere se non quella operazione a cui procede il giudice per decidere, se a chi è da lui stato riconosciuto autore fisico di un fatto corrispondente ad una delle ipotesi delittuose prevedute dal legislatore vada o no applicata la pena legislativamente comminata in previsione della verificazione di tale ipotesi.

4. La soluzione di tale quesito non ha certo bisogno di essere apparecchiata mediante la previa determinazione del modo, in cui funziona la volontà umana, sebbene sopra di essa possa di fatto influire la constatazione di una anormalità nel funzionamento della volontà del giudicabile. Quando questa influenza si manifesti, ciò va attribuito ad imperfezione della legge o ad errore del magistrato, e non ad un nesso, che interceda fra l'imputazione dei reati commessi in concreto ed il problema sulla natura della volontà umana in genere. Imperocchè le varie anomalie, che è dato di riscontrare nella genesi delle volizioni dell'uomo, devono, in quanto sian suscettive di esercitare una legittima influenza sulla sua imputabilità, venire espressamente prevedute dal legislatore, e non autorizzano di per sè il giudice a deflettere dalle regole stabilite circa alla imputazione.

Alcuni almeno fra i giudici, e moltissimi poi fra i giurati ignorano i termini precisi, in cui il problema sulla libertà dell'umano

volere vien posto dai cultori delle discipline filosofiche, confondendosi volgarmente il libero arbitrio, che è capacità di introdurre nel mondo dei fenomeni elementi, che assumono il valore di condizione rispetto ad altri fenomeni, senza essere condizionati a lor volta [1]) colla incertezza nella quale versiamo intorno alle nostre determinazioni future, e che ha per effetto di farci considerare come egualmente possibili — sebbene in realtà nel campo dei fenomeni tale possibilità sia riferibile unicamente a determinazioni successive — determinazioni contraddittorie. La finezza d'analisi e l'attitudine ad elucubrazioni astratte indispensabili per comprendere rettamente anche solo il nodo delle controversie relative a siffatta materia sono ben lontane dal possedersi comunemente, e sarebbe assai curioso, che una buona amministrazione della giustizia penale presupponesse in chi ne è incaricato doti intellettuali, che non possono essere proprie se non di un numero molto limitato di uomini.

Ma ciò in realtà non è [2]), e l'opinione contraria dipende soltanto dalla perniciosa influenza esercitata sulla mente di chi la professa dalla confusione, in cui è ben facile inavvertitamente cadere, fra le funzioni del giudice ed il compito del legislatore.

La comminazione della pena è sembrata per gran tempo, e sembra tuttora a non pochi, giustificata soltanto dal presupposto del libero arbitrio. Tale opinione evidentemente si collega colla concezione della

---

1) « . . . voluntas domina est sui actus, et in ipsa est velle, et non velle, quod non esset, si non haberet in potestate movere seipsam ad volendum; ergo *ipsa movet seipsam* ». THOMAE AQUINATIS *Summa theologica*, vol. 2, parte I, Roma, 1894, pag. 94. — « Setzet: es gebe eine Freiheit . . . . so . . . . *die Causalität wird schlechthin anfangen*, so dass nichts vorhergeht, wodurch diese geschehende Handlung nach beständingen Gesetzen bestimmt sey ». KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, parte II della raccolta delle opere pubblicata da Rosenkranz e Schubert, Lipsia, 1838-1840, pag. 353 e seg.

2) Già lo dichiarava il LAMPREDI (op. e vol. cit., pag. 57) ammonendo *libertatem eo saltem sensu, quem supra posui* (a pag. 55 aveva definita la libertà *facultas animae . . . agendi vel non agendi id quod voluntati placuit*, osservando che tale specie di libertà non è da alcuno negata), QUI FACILE AB OMNIBUS PERCIPI POTEST *a me supponi*. Ma la sua lodevole riservatezza non venne imitata dagli scrittori posteriori, e le dispute sul libero arbitrio, mentre diedero campo alla massima parte dei giuristi di porre in chiaro la loro incompetenza in temi filosofici, assunsero nel campo del diritto penale una importanza, che riescì doppiamente perniciosa. Da un lato i giuristi attesero meno di quanto sarebbe stato desiderabile all'esame critico del patrimonio scientifico ereditato: dall'altro gli antropologi troppo facilmente si persuasero, che bandita dal campo scientifico l'ipotesi del libero arbitrio, si sarebbe dovuto dare un indirizzo radicalmente nuovo agli studi penali.

pena quale espiazione: sebbene poi non sia agevole dare una nozione chiara, e tanto meno dimostrare l'applicabilità pratica dei concetti sovraumani, nel campo dei quali si aggirano coloro, che vedono nella giustizia terrena il simulacro di quella divina.

Quindi dovrebbe fare a meno di tale giustificazione chiunque nella pena vede un mezzo di difesa sociale, di tutela del diritto, di riaffermazione dell'ordine giuridico, di emenda, di vendetta, genericamente un qualche cosa di diverso dalla espiazione. Ad ogni modo è parlando del fondamento del diritto di punire od esponendo la teorica della pena, che si deve ricercare, se occorra ammettere, che l'uomo nelle sue determinazioni volitive non sottostia alla legge di causalità, per poter riconoscere nei mezzi coercitivi, ai quali la società ricorre contro chi la offende, l'esplicazione di una funzione non esorbitante dal dominio dei principî giuridici. Mentre è poi all'esame della legislazione positiva, ed in ispecie all'analisi delle misure afflittive stabilite come pene ed allo studio delle norme, che presiedono al loro impiego, che si deve domandare l'indicazione dell'opinione prevalsa in proposito presso un dato popolo, la quale non è sempre corrispondente all'opinione di chi ne formulava le leggi. Non è invero soltanto nella vita privata, che può all'uomo accadere di non rendersi esatto conto dei moventi delle proprie operazioni e di non coordinare queste coi principî teoricamente professati. Ben spesso avviene, che le esigenze della vita pratica impongano ai temosfori l'adozione di provvedimenti in decisa, sebbene non manifesta, contraddizione colle loro convinzioni scientifiche, mentre essi continuano a credere di essersi a queste uniformate, e di essere giunti spontaneamente per via di deduzioni astratte là ove furono spinti da una forza inconsciamente subìta.

Una volta che le pene, qualunque ne sia l'indole e comunque se ne giustifichi l'adozione, sono comminate dalla legge, per irrogarle a chi ha compiute le azioni, in previsione delle quali le si comminarono, bisogna di necessità prescindere da ogni disquisizione metafisica intorno alla esistenza od inesistenza del libero arbitrio. Dato che esso esista, deve alla pari dell'atto creativo, di cui è la ripetizione, manifestarsi all'infuori del tempo e non può formar oggetto di osservazione empirica. Dalla eventuale verità della affermazione, che se l'uomo non avesse la facoltà di determinarsi indipendentemente dalla esistenza di fattori, che condizionino la sua determinazione, non sarebbe giusto punirlo, per essersi determinato a delinquere, non deriva, che non abbiano a considerarsi come proprie di un determinato uomo se non quelle azioni, rispetto alle quali siasi con-

vinti di aver constatata (mentre poi in realtà tale constatazione supera ogni umana capacità) l'esplicazione di siffatta facoltà. Ed invero la credenza in essa è assai lontana dall'implicare il disconoscimento del carattere della volontarietà nelle azioni, che corrispondendo alle cause di determinazione dipendenti o dall'ambiente esterno o dalle condizioni organiche non hanno dato campo alcuno alla manifestazione, apparente o veridica, della supposta autonomia della umana volontà. Essa conduce soltanto a far dipendere il riconoscimento del carattere della volontarietà dalla possibilità, sempre ritenuta per effettiva, che l'agente aveva di esplicare tale autonomia determinandosi altrimenti. E la specificazione poi dei casi, in cui influenze perturbatrici abbiano ad escludere anche tale possibilità, rientra nella teoria della imputabilità, che appunto insegna quali circostanze tolgano eccezionalmente alle azioni umane il carattere della volontarietà, mentre la teoria dell'imputazione dichiara quali condizioni debbano genericamente verificarsi, perchè d'un fatto materialmente compiuto si abbia a rispondere penalmente.

CAPO II.

Condizioni della imputazione penale.

5. L'imputazione penale conduce alla irrogazione d'una pena, e la pena è previamente fissata dalla legge in previsione, che alcuno abbia a commettere il fatto, che in concreto si è poi imputato al punito.

Tuttavia l'art. 44 del nostro codice dichiara non potersi da alcuno invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale: la qual dichiarazione implica altresì il divieto pel giudice di attribuire il valore di scusa all'ignoranza della legge penale da lui constatata nel giudicabile indipendentemente da qualsiasi allegazione di questo. Sicchè se la subordinazione dell'irrogazione giudiziale della pena alla previa comminazione legislativa di essa frena sempre l'arbitrio del giudice, può anche non riescir sufficiente a garantire ognuno dallo incorrere inopinatamente in qualche punizione.

6. Ora se per distinguere dalle altre le azioni punibili bastasse sempre la lettura delle disposizioni legislative, dalle quali vien comminata una pena, si potrebbe almeno, per quanto esteso ne fosse il numero, ragionevolmente pensare a ricercare, se accanto agli altri doveri derivanti sia dalla pertinenza ad un determinato Stato, sia

più propriamente dalla qualità di membro dell'umana famiglia (giacchè la questione si riferisce tanto ai cittadini quanto agli stranieri) vada posto anche l'obbligo di apprendere la legislazione penale del proprio paese e quella degli Stati esteri nei casi (soggiorno nel loro territorio) e nelle parti (disposizioni [1]) applicabili agli stranieri per fatti commessi all'estero), in cui e rispetto a cui si possa trovarsi esposti alla sua applicazione.

Ma le discrepanze [2]) d'opinione, che non di rado si manifestano

---

1) Non è da presupporre senz'altro, che esse abbiano sempre a trovar riscontro, come sarebbe rispetto all'art. 4 del nostro codice, nella legislazione del paese, al quale appartiene lo straniero. Pel combinato disposto dell'articolo 6 col 341 (che dalla nostra Corte Suprema venne con sentenza 7 giugno 1901, *Cassazione Unica*, vol. XII, col. 1313, dichiarato applicabile anche quando i genitori consentano a che la minorenne sia da altri allontanata per fine di libidine o di matrimonio dalla casa paterna) sarebbe ad esempio punibile nello Stato chi all'estero, ove (come accade di fatto presso un numero non indifferente di popoli) può esser ritenuto legittimo tale accordo, ottenga dai parenti di essa la consegna di una minore degli anni 12, della quale vuol fare o subito la vittima della sua libidine od in seguito la sua sposa. Per l'art. 320 del codice della marina mercantile lo straniero, che imbarcato su legno straniero senza essere provvisto di lettere di marco commette atti di depredazione o di grave violenza contro una nave di Potenza estera, colla quale il nostro Stato non sia in guerra, è giudicabile e punibile nel Regno, per quanto lo Stato sotto la cui bandiera naviga il bastimento depredato sia in guerra con un altro, il quale abbia invitati tutti indistintamente coloro, cui ciò talenti, ad armarsi in corsa, per rovinare il commercio del paese nemico.

2) Nel fatto di introdursi in una trattoria, richiedere somministrazione di vitto e consumare i generi ottenuti senza avere il danaro occorrente per pagare, si rifiutano a riscontrare un reato il LUCCHINI (v. nota apposta alle lettere di Pittaluga, *Supplemento alla Rivista penale*, vol. I, pag. 290), PITTALUGA ed altri espertissimi giuristi, e la loro opinione ebbe replicatamente il suffragio della giurisprudenza: tuttavia prevale adesso la giurisprudenza contraria. — La Cassazione ebbe con ripetute sentenze a dichiarare punibile chi in un Comune privo di regolamento municipale d'igiene compia fatti, che a termini del regolamento 3 agosto 1890 l'autorità municipale è competente a vietare sotto comminazione d'una pena, mentre la Corte di Genova (sentenza 27 ottobre 1899, *Giurisprudenza penale*, vol. XX, pag. 46) ed il tribunale di Milano (sentenza 12 ottobre 1899, *Rivista penale*, vol. LII, pag. 149 in nota) ritennero, che fino a quando del potere così conferito non siasi fatto uso, i cittadini possano impunemente compiere i fatti, che l'autorità municipale avrebbe balìa d'interdire, ma non ha intanto interdetti. — La stessa Cassazione con sentenze 9 febbraio 1899 e 28 giugno 1900 (*Rivista penale*, vol. XLIX, pag. 379 e vol. LII, pag. 408) dichiarava non punibile chi venda sostanze alimentari non insalubri, nè nocive, sebbene composte o colorate in uno dei modi, che vengono dal regolamento 9 ottobre 1889 dichiarati equivalenti alla adulterazione; ma in un numero molto maggiore di sentenze in applicazione di tale regolamento sanzionò le condanne, nelle quali erano incorsi

fra i più autorevoli giuristi e fra l'uno e l'altro magistrato e talora fra le pronuncie successive del magistrato medesimo devono persuadere chiunque non sia disposto a sacrificare allo spirito di sistema il buon senso, come sia tanto ragionevole parlare rispetto alla generalità degli uomini del dovere di apprendere la nozione di tutti i reati possibili, e rendersi idonei a farne applicazione alle varie ipotesi di fatto, quanto lo sarebbe il disputare intorno al dovere di imparare a rilevare una nota sbagliata in una esecuzione musicale od a distinguere uno sgorbio da una buona pittura.

Lo Stato può bensì imporre ai cittadini o ad una parte di essi di prestarsi ad essere ammaestrati in quelle discipline (quali le militari), la cui conoscenza non sarebbe forse, come non remunerativa, nè abbastanza attraente, spontaneamente ricercata, e che pur non possono lasciarsi ignorare, se si vuole mettersi in grado di mantener organizzato o poter prontamente organizzare un qualche ramo di pubblico servizio: può subordinare alla constatazione del possesso di un determinato numero di cognizioni o di una determinata capacità la concessione di taluni diritti (quali gli elettorali), dei quali si presume, che non potrebbero essere utilmente esperiti da chi sia privo di quelle cognizioni o difetti di quella capacità, o di alcune licenze (quali quelle relative all'esercizio di certe arti o professioni), la cui concessione apparisca pericolosa, se fatta a persone inesperte, ma l'imposizione del dovere di apprendere a conoscere a quali fatti si adatti la qualifica di reato, mentre supera le forze

---

venditori di cibi o bevande artificialmente colorate a scopo d'imitarne od aumentarne il colore naturale o mescolate con sostanze eterogenee, sebbene in fatto non fossero insalubri, nè nocive. Nè siffatta incertezza sulla punibilità o non punibilità di taluni fatti, che ha per conseguenza necessaria di rendere impossibile all'uomo della miglior volontà il pieno soddisfacimento del preteso dovere di conoscere la legge penale, va considerata quale un fenomeno speciale all'età presente e dipendente forse da una morbosa e transitoria fase, che le discipline giuridiche stiano attraversando, ma si collega colla natura e colla genesi del diritto. Esso come opera umana va anzitutto soggetto alle imperfezioni, che contraddistinguono ogni cosa, che sia fattura dell'uomo. Non basta essere investiti del potere legislativo, per andar esenti dal pericolo di cadere in contraddizioni, di incorrere in lacune, di non riescire a concretare il proprio pensiero restando nel vago e nell'indeterminato. Non potendo poi la volontà legislativa venire direttamente intuita, e dovendo esser manifestata per mezzo della parola, il compito di chi voglia conoscere il diritto vigente è reso ancora più arduo dalle difficoltà inerenti sia alla esatta traduzione del proprio pensiero in parole — che possono aver condotto il legislatore ad esprimersi infelicemente, — sia alla precisa interpretazione delle espressioni altrui, — che possono portare lo studioso del diritto a fraintendere le parole legislative.

di coloro, che si vogliono assoggettare ad essa, non è giustificata da alcuna ragione di pratica utilità.

7. Imperocchè lo Stato deve augurarsi non solo, che si commetta il minor numero possibile di reati, ma altresì, che il numero delle azioni ingiuste e dannose, sebbene non punibili, sia egualmente ridotto al minimo limite possibile.

Non vanno sicuramente di proposito mantenuti incerti i limiti fra l'ingiusto non punibile e l'ingiusto punibile colla speranza [1]) di riescire mediante il dubbio così ingenerato intorno agli effetti inerenti ad azioni, che sebbene lesive degli interessi sociali non si trova conveniente di incriminare, a far più facilmente astenere molti dal commetterle. Ma nemmeno si deve poi credere, che il sommo della sapienza civile consista nel moltiplicare gli sforzi, per rendere esperto ognuno nel conoscere quali fra le azioni malvagie possano compiersi senza timore di incorrere in punizione alcuna.

È bene, che i reati siano definiti tali per legge, e che le pene vengano dalla legge stabilite, ma sarebbe feconda di gravi danni per la società la diffusione dell'opinione, che il codice penale abbia a servire per tranquillizzare l'animo di coloro, cui non importa gran fatto della maggior o minor conformità ai precetti della giustizia nei mezzi acconci a soddisfare le loro malnate voglie, e pur desiderano non esporsi ai rigori della legge penale.

La legge penale deve tendere ad infrenare l'arbitrio del giudice e non a compendiare i doveri dell'uomo: i più importanti fra questi vanno appresi, e si apprendono nella realtà della vita, indipendentemente da essa.

8. Sonvi però altresì, e non scarse di numero, disposizioni legislative, che comminano una pena a chi compia azioni, quali il porto d'un fucile carico in luogo ove sia concorso di gente (art. 466

---

1) Essa non dovette certo essere estranea alle opposizioni incontrate dal sistema delle codificazioni; nè l'autore delle *Note ed osservazioni sul libro intitolato dei delitti e delle pene* esponeva una opinione esclusivamente sua personale, quando diceva (*Dei delitti e delle pene,* edizione che contiene le note ed osservazioni su lo stesso argomento, Bassano, 1797, vol. III, pag. 34): « Un codice di leggi reso comune in tutti i sensi, renderebbe gli uomini più cauti nel commettere il male; ma li farebbe più arditi nel commetterlo, e non sminuirebbe, anzi moltiplicherebbe i delitti », sebbene l' indole dei tempi in cui scriveva lo portasse a dirlo con molta peritanza. Nè tale speranza, per quanto non molto fondata, sarebbe poi per sè stessa biasimevole; ma biasimevole sarebbe in vista di essa rinunziare ai benefizî certi e positivi, che la codificazione apporta sotto il punto di vista della uniformità nella amministrazione della giustizia.

n.° 3 cod. pen.), l'apertura d'una festa da ballo pubblica (art. 39 della legge sulla pubblica sicurezza), che non implicano la trasgressione di doveri, che bastino a far apprendere quelle elementarissime nozioni sul lecito e l'illecito di cui non difetta alcuno, che non sia così deficiente di mente, da dover sfuggire, anche solo in omaggio alle regole sulla imputabilità, all'applicazione della legge penale. E ve ne sono altre, che la pena comminano a chi si astenga da azioni, quali l'indicazione delle proprie generalità ad un pubblico ufficiale, che nell'esercizio delle sue funzioni ne faccia richiesta (art. 436 cod. pen.), la comunicazione all'autorità locale di pubblica sicurezza del progetto di promuovere una processione ecclesiastica o civile prima di effettuarla (art. 7 della legge di pubblica sicurezza), che similmente non basta a far conoscere come doverose quella rudimentale istruzione, che indipendentemente da ogni tirocinio famigliare o scolastico assicura la sola pertinenza al consorzio umano.

Rispetto ad esse bisogna ancora distinguere fra quelle, nelle quali il legislatore non si è limitato a comminare una pena contro chi contraddica al suo intimo volere, ma lo ha esplicitamente manifestato mediante espressi precetti o divieti, e quelle, nelle quali il legislatore non si è invece curato di formulare la norma giuridica, la cui trasgressione vuol punita, sebbene si tratti d'una norma creata dal suo arbitrio.

9. Pur restando uniforme la regola, che deve imperare in tutti questi varî casi, notevolmente diversa ne riesce rispetto ad ognuno di essi l'applicazione.

L'applicazione a chi ne ignora l'esistenza o la precisa portata delle leggi penali, che colpiscono azioni conosciute come ingiuste da ogni uomo normale, e che normale viene ritenuto appunto perchè ha criterio sufficiente per distinguerle dalle azioni giuste, non presenta difficoltà di sorta. Il giudice non ha bisogno di combinare con altre massime il disposto dell'art. 44, per impedire, che la sua osservanza lo conduca a risultati disformi dalla giustizia e condannati dalla ragione; e la giustificazione logica di tale disposizione deriva senz'altro dall'analisi della natura della legge. Questa, sia essa civile o penale, non esprime una dichiarazione di volontà, che abbia bisogno, alla pari della volontà contrattuale, di incontrarsi con un'altra per diventar feconda di effetti giuridici. La volontà del legislatore, manifestata in modo da apparir tale, obbliga tutti coloro, di fronte ai quali la manifestazione è avvenuta, sieno essi o no disposti ad approvarla, e come non basterebbe disapprovarla per sottrarsi alla sua applicazione, così non si può pretendere, che la sua autorità

di fronte ad ogni singolo prenda vita dalla conoscenza, che egli ne acquisti.

10. Ma da ciò, che la legge ha vigore dal decimoquinto giorno della sua pubblicazione o da quell'altro, che sia da essa stessa fissato (art. 1 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale), e non da quello, in cui gli interessati la vengono a conoscere, non deriva punto, che l'ignoranza della legge vada considerata quale una circostanza assolutamente destituita di influenza giuridica, e che essa non possa venire giudiziariamente accertata, e, se accertata, non possa dar luogo ad una disparità di trattamento fra l'ignaro e l'esperto del suo tenore. Il contrario risulta manifestamente dall'art. 1109 del cod. civ.

Chi ritiene, che la vendita non sia perfetta se non al momento della tradizione della cosa e del pagamento del prezzo, non sarà pertanto ascoltato, se si rifiuti a consegnare la cosa, il cui prezzo ha concordato col compratore, allegando, che al momento dell'accordo egli ignorava il disposto dell'art. 1448 del cod. civ., e riteneva di avere ancora tempo a cambiar d'avviso; ma ove egli appunto ciò ritenendo, e ritenendo quindi pure, che la medesima facoltà di pentirsi competa all'acquirente fino a quando non abbia ritirata la cosa e sborsato il prezzo, preso dal timore, che costui faccia uso di questa facoltà, perchè improvvisamente siasi verificato un enorme ribasso nei prezzi, o per altra causa analoga, lo solleciti a ritirar subito la cosa dietro pagamento d'un prezzo alquanto minore del concordato, di questo secondo e diverso contratto di vendita, che secondo la sua erronea opinione sarebbe soltanto il primo, egli potrà ottenere l'annullamento dimostrando soltanto, che l'errore di diritto in cui versava ne fu la causa unica, ed indipendentemente dalla prova di qualsiasi inganno o raggiro diretto ad ingenerare in lui tale errore, od a profittarne, per parte del compratore. La reiezione della sua domanda importerebbe non già l'applicazione della disposizione legislativa da lui ignorata, ma l'equiparazione d'una determinazione volitiva adottata per un falso supposto, e nella quale quindi chi l'ha adottata non vorrebbe certo persistere conosciuto il vero stato delle cose, alle volizioni, che dipendendo da una esatta conoscenza dei motivi non fallaci, che l'hanno fatte abbracciare, son destinate ad avere vita duratura e non effimera, ossia il pareggiamento dei fantasmi alla realtà.

11. Tale pareggiamento non è da ritenere senz'altro imposto dall'art. 44. In esso si parla di ignoranza della legge penale, dalla quale

va tenuta distinta [1]) la norma d'agire in previsione della cui trasgressione vien la pena comminata. Questa distinzione non dovrebbe assolutamente essere trascurata da alcun giudice, perchè essa si fonda non sopra opinioni soggettive, il cui valore sia subordinato all'accoglimento di un qualche sistema astratto proposto dal suo autore all'approvazione degli studiosi, ma sull'analisi del contenuto della legge penale.

Certo riesce più agevole far uso di siffatta distinzione in tema d'influenza dell'ignoranza sulla imputazione, quando la norma venga fissata mediante una disposizione contenuta in una legge diversa da quella penale, ed alla quale la legge penale od esplicitamente, come

1) Veramente gli autori dell'attuale codice vollero distinguere non fra legge penale e norma giuridica, ma fra legge penale e legge in genere (v. *Verbali della Commissione istituita con regio decreto 13 dicembre 1888*, verb. n.° X, pag. 135), sulle orme del CARRARA, il quale aveva proposta tale distinzione (*Programma*, Parte generale, Lucca, 1871, nota al § 259) ed erroneamente (fra gli altri l'aveva già fatta GESSLER, *Ueber den Einfluss des Rechtsirrthums im Strafrecht, Der Gerichtssaal*, anno X, pag. 218 e seg.) supponeva, che non fosse ancora stata proposta da altri. — Questa distinzione riesce inetta all'elaborazione scientifica della materia, perchè essa non salva dall'alternativa di affermare seriamente l'esistenza di un obbligo, quale quello della conoscenza della legislazione penale, la cui soddisfazione torna manifestamente impossibile alla maggior parte degli uomini o di propugnare l'impunità dei ribaldi, che speravano, che le loro furfanterie non fossero state prevedute come reati, o che non si erano mai curati di formarsi in proposito una qualsiasi opinione. Ma per fortuna se non vale a spiegare come giustamente si punisca chi ha commesso un reato sperando di macchiarsi soltanto di una immoralità, è sufficiente a salvare dalla pena chi ignorava non solo che il fatto compiuto fosse punibile, ma anche che fosse illecito. Tale ignoranza non può invero verificarsi che rispetto ad atti dichiarati illeciti dall'arbitrio legislativo, che deve di necessità essersi estrinsecato in una legge, sicchè la differenza fra *legge non penale* e norma giuridica scompare nei casi, in cui si tratta effettivamente d'una ignoranza, che deve dar luogo all'impunità. La sua verificazione è impossibile rispetto ai reati, quali sono i delitti, violatori delle norme, che invece di ripetere la loro esistenza dalla emanazione di una legge particolare rappresentano esse stesse altrettanti caposaldi dell'ordine giuridico. Di fronte a questi la distinzione viene utilizzata, come valevole a far passare per un errore di fatto, e quindi ammissibile quale scusa, quello vertente su leggi diverse dalla penale. Ma le distinzioni devono servire a sottoporre ognuna delle cose distinte a regole conformi alla sua natura, non ad alterare questa, e l'errore, che cade sopra una legge, qualunque essa siasi, è e rimarrà sempre errore di diritto e non errore di fatto. La sua verificazione è però giuridicamente rilevante, quanto lo può essere quella dell'errore di fatto, quando esclude il concorso dell'elemento psicologico del reato, che consiste nella volontà di compiere *il fatto, che è punibile*, la quale può aversi anche senza che si abbia la volontà di compiere *un fatto punibile*.

si fa dagli art. 473 capov. e 442 cod. pen., od implicitamente, come si fa dall'art. 441 cod. pen., si riferisca. L'ignoranza della legge 24 agosto 1862 e delle altre pubblicate in materia monetaria; dell'art. 76 della legge 20 marzo 1865, alleg. *F*, e dei relativi regolamenti generali o locali; dell'art. 2 dell'editto 26 marzo 1848 tosto apparisce come qualche cosa di diverso dall'ignoranza della legge penale, e se taluno rifiuti una moneta avente corso legale non solo ignorando che tale rifiuto è punibile, ma ignorando altresì che la moneta offertagli ha corso legale in Italia, la sua punizione non sarebbe più giusta di quanto lo sarebbe la punizione di chi abbia rifiutata la moneta, per aver concepiti dei dubbî, risultati poi insussistenti in seguito all'esame più accurato fatto da persone esperte, ma che pure avevano parvenza di fondamento, sulla sua genuinità. E se analoghi casi d' ignoranza si verificassero, cosa che in linea di fatto non par verosimile, rispetto ai casi previsti dagli altri due articoli testè ricordati, analoga dovrebbe pur essere la soluzione come analoga dovrebbe essere rispetto a colui, che ignorasse a dirittura come in Italia esista una merce intermediaria degli scambî, la cui valutazione non è lasciata alle contrattazioni private, ma vien fatta dalla pubblica autorità, e la cui accettazione non è rimessa all'arbitrio privato, ma viene dalla pubblica autorità imposta.

Anche quando però la norma venga fissata mediante la medesima legge, colla quale si commina la pena, come suol avvenire rispetto alle leggi speciali (nella legge di pubblica sicurezza v., ad esempio, fra gli altri gli articoli 1, 7, 21, 27-29; in quella sulla tutela dell'igiene gli articoli 23, 25-28, 31, 32, 34, 35), dovrebbe il giudice distinguere fra la disposizione penale e quella precettiva o proibitiva, e rifiutandosi a riconoscere in questa il carattere di legge penale in quel senso proprio e ristretto, in cui deve prendersi tale frase nel contesto dell'art. 44, mandar esente da pena chi ignorava l'esistenza stessa del precetto o del divieto e non solo la punibilità della trasgressione al precetto ed al divieto.

Difficoltà maggiore presentano i casi, nei quali il legislatore non si cura di formulare la norma giuridica, la cui trasgressione vuol punita, sebbene si tratti d'una norma creata dal suo arbitrio, e che non bastano quindi a far conoscere le volgari nozioni sul lecito e sull'illecito possedute da chiunque non sia per difetto di mente non imputabile.

Derivando allora la norma e la sua esistenza unicamente dalla legge penale, la conoscenza di questa è la fonte della conoscenza sua; sicchè pare, che venga in tal modo a mancare la base d'ogni

distinzione fra l'ignoranza dell'una e l'ignoranza dell'altra, rendendosi pressochè impossibile, che vadano scompagnate.

Tale difficoltà è per altro piuttosto di fatto, che non razionale. Nè è escluso in modo assoluto, che ad alcuno la notizia della norma giuridica implicitamente stabilita dalla legge penale possa per mezzo di discorsi uditi o di letture fatte pervenire scompagnata dalla notizia della legge, che l'ha creata, e la punizione di costui non avrebbe alcunchè d'ingiusto. Ma comunque l'incuria del legislatore, che non ha procurato altrimenti che per mezzo della promulgazione della legge penale cognizione di questa norma, non dovrebbe nuocere ai privati, e se essi l'ignorano, non dovrebbe bastare a renderli punibili la circostanza, che assai difficilmente l'avrebbero potuta conoscere altrimenti che per mezzo della conoscenza della legge penale, trattandosi pur sempre di nozioni logicamente distinte. Anche in questo caso pertanto chi ha compiuto il fatto, che gli si vuol addebitare, ignorando non solo che fosse punibile, ma altresì che fosse illecito, dovrebbe ottenere, che esso non gli venisse imputato come reato.

12. Nè tal soluzione razionalmente corretta va respinta per la preoccupazione di eventuali pregiudizî, che abbia a risentirne l'ordine sociale, come se si avessero a moltiplicare le trasgressioni delle norme giuridiche stabilite indirettamente per mezzo di comminazioni penali, astenendosi dall'attuare queste, quando risulti ignorata l'esistenza di tali norme.

La difficoltà di constatare l'effettiva ricorrenza dell'ignoranza non deve invero condurre a prestar troppo facilmente fede a chiunque la alleghi, come altre volte [1]) conduceva a contentarsi di lievi prove

[1]) Per altro neppure in Germania, sebbene ivi potesse parere stabilita dall'art. 6 della Carolina (« . . . soll auch ein jeder Richter . . . so viel möglich und *nach Gestalt und Gelegenheit einer jeden Sachen beschehen kann* sich erkündigen ») la regola della sufficienza delle prove semipiene nei delitti di prova difficile fu ammessa dai migliori giuristi (v. ANTON MATTEO, *Commentarius ad libros de criminibus*, Colonia, 1727, pag. 674 e seg. — BÖHMER, *Elementa jurisprudentiae criminalis*, Modena, 1769, pag. 131), i quali osservavano, come essa metterebbe l'uomo più onesto alla mercè di qualunque calunniatore abbastanza accorto, per accusarlo di un reato ascritto dall'opinione comune alla categoria di quelli difficilmente provabili. Quest'opinione comune fu dal FERRETTI (citato dal RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, Siena, 1794, vol. III, pag. 150, che dice costituir gregge — gregaria turma — i dottori che la professano) chiamata errore comune, dal CREMANI (*De jure criminali*, vol. III, Pavia, 1793, pag. 307) un ritrovato escogitato a dispetto della ragione e di Temide, ed è deplorevole, che abbia potuto trovare un sostenitore in MARIO PAGANO (*Principî del codice penale* nella *Raccolta di trattati e memorie di legislazione e giurisprudenza criminale*, stampata a Firenze nel 1821, vol. I, pag. 111 e seg.).

per pronunziare una sentenza di condanna, la circostanza, che l'imputazione si riferisse a reati, che per la loro natura d'ordinario si perpetrano in condizioni, che rendono assai malagevole la dimostrazione della loro sussistenza. Questa difficoltà non può avere altro risultato, che quello di rendere praticamente assai limitati gli effetti della regola della efficacia scusante dell'ignoranza della norma giuridica, sicchè non sarebbe ragionevole considerarla quale un eccitamento alla trasgressione delle norme giuridiche, come atta ad ingenerare la speranza dell'impunità ottenuta col fingere questa ignoranza.

Anche tale risultato può parer deplorevole, in quanto porta a trattare diversamente persone, che pur si trovano nella identica condizione di fatto; ma esso non è se non una delle molteplici esplicazioni della inevitabile e fatale imperfezione della giustizia umana. Come non si possono scoprire tutti i reati, nè di tutti i reati scoperti si possono sempre accertare gli autori, così non tutti i giudicabili possono riuscire a provare la sussistenza delle circostanze influenti in senso a loro favorevole sulla entità giuridica del fatto compiuto. Ciò potrà deplorarsi, come possiamo deplorare di non avere la facoltà di trasferirci nello spazio mediante un semplice atto di volontà, di dovere faticosamente e per mezzo della ingannevole via dei sensi procurarci tutte le nostre cognizioni, che riescono così scarse di numero e non sempre del tutto sicure invece di apprendere direttamente per via d'intuito ogni verità, ma non per questo dobbiamo rinunciare a muoverci, od a tener conto di quel poco, che possiamo apprendere. Non perchè anche altri possono aver egualmente ignorata la norma trasgredita, pur trovandosi nella impossibilità di provare alcun fatto specifico, dal quale si possa ragionevolmente arguire (giacchè trattandosi di uno stato negativo solo indirettamente si può fornirne la prova), che la ignoravano, va punito chi è in grado di convincere il giudice, che esulava dal suo animo la coscienza di compiere alcunchè d'illecito. La punizione di costui non solo riesce iniqua a suo riguardo, ma produce anche effetti perniciosi per la società, in quanto fa sorgere il pericolo, che trovandosi ad essere punito senza avere la coscienza di meritarlo, abbia ad inacerbirsi il suo animo, ed abbia a menomarsi o ad estinguersi in lui quell'ossequio, che in precedenza avesse professato per l'ordine giuridico.

La prima condizione, che dovrebbe pertanto richiedersi per poter parlare d'imputazione penale, è quella della conoscenza nell'imputabile delle norme, la cui trasgressione gli si vuol addebitare, senza che occorra, che tal conoscenza sia accompagnata dalla consapevo-

lezza della punibilità della trasgressione, e qualunque sia la fonte, alla quale è attinta.

Tale condizione deve poi, per l'impossibilià d'una constatazione diretta, aversi per verificata, quando non risulti espressamente esclusa [1]).

13. Se si prescinde da tale condizione, riesce impossibile determinare il senso dell'articolo successivo a quello, del quale si è ora cercato di dimostrare, che esclude non già essa, ma una condizione diversa, e dalla cui verificazione deve realmente mantenersi indipendente l'imputazione penale.

---

1) Con ciò non è detto, che l'esclusione debba essere il risultato dell'attività processuale del prevenuto. L'interesse, che egli ha a sfuggire alla pena, ordinariamente spinge lui a provare i fatti, che possono condurre al suo proscioglimento, ma la posizione, che il pubblico ministero ed il giudice occupano nel processo penale, quale è disciplinato dal nostro diritto, impone loro il dovere morale di adoperarsi per accertare quei fatti, che se fossero sussistenti escluderebbero od attenuerebbero la colpevolezza del giudicabile. Sicchè non è conforme al nostro diritto processuale il procedere ad una distribuzione dell'onere della prova fra accusatore ed accusato coll'intento di determinare quali fatti debbano dal giudice ritenersi senz'altro per insussistenti, quando l'uno o l'altro non si curi di fornirne la prova. Ma essendo pacifica nella dottrina, conforme a ragione e sanzionata dal diritto positivo (articoli 321 e 505 del cod. di proc. pen.), la massima, che il dubbio va risoluto a favore dell'accusato, ha pur sempre valore la distinzione fra i fatti implicanti la responsabilità penale ed i fatti esclusivi di essa. Quando i primi siano dubbi vanno negati, ma non vanno già affermati gli ultimi solo perchè non si possa escludere in modo assoluto la possibilità della loro sussistenza (GLASER, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*, Lipsia, 1883, pag. 90 e seg.). In Inghilterra, ove la materia delle prove penali non è lasciata in quel quasi completo abbandono, che presso di noi si deplora, la irresponsabilità del giudicabile viene ascritta alla seconda categoria (v. STEPHEN, op. cit., pag. 22), nè v'è certo ragione di distinguere fra irresponsabilità dipendente da malattia mentale ed irresponsabilità dipendente da ignoranza. Autorevolissimi scrittori (v. GEYER, *Der Beweis im Strafprozess* nel « Manuale di diritto processuale penale tedesco » pubblicato da HOLTZENDORFF, Berlino, 1879, vol. I, pag. 211 e seg.; GLASER, *Beiträge zur Lehre vom Beweis*, Lipsia, 1883, pag. 91 e seg.) sostengono, che invece va compreso nella prima categoria il concorso dell'elemento psicologico. Ma quando si venga all'applicazione pratica, nessuno vorrà certo sostenere, che il giudice debba subordinare ogni condanna penale alla constatazione diretta, specifica ed accurata dell'integrità mentale del giudicabile. E come va provata la malattia e non la sanità, così deve provarsi l'ignoranza, che è la condizione anormale, e non la conoscenza della norma giuridica, che rappresenta la condizione normale. Nè l'imputato può sottrarsi a questa prova come concernente un fatto negativo, perchè è affatto erronea la massima, che la prova dei fatti negativi sia impossibile, e che quindi niuno possa esservi astretto (vedi BONNIER, *Traité des preuves*, Parigi, 1888, pag. 24 e seg.; GLASER, op. cit., pagina 75 e seg.).

Dichiara l'art. 45, che nessuno può essere punito per un delitto, se non abbia voluto il fatto che lo costituisce, tranne che la legge lo ponga altrimenti a suo carico come conseguenza della sua azione od omissione, e che nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione ancorchè non si dimostri, ch'egli abbia voluto commettere un fatto contrario alla legge.

Ove la conoscenza, presupposto necessario della volontarietà, della illiceità del fatto non avesse rilevanza giuridica, il legislatore ne avrebbe dichiarata superflua non già la constatazione, ma la sussistenza, omettendo nel capoverso dell'art. 45 le parole *si dimostri,* e si sarebbe in ispecie ben guardato dal limitare alle contravvenzioni gli effetti di questa sua dichiarazione.

Essa rispetto alle contravvenzioni riesce superflua, ove non si limiti, come è d'altronde conforme alla dicitura del legislatore, alla legge penale la dichiarazione d'irrilevanza dell'ignoranza contenuta nell'art. 44, del quale il capoverso del 45, esempio abbastanza singolare d'incoerenza legislativa, verrebbe ad essere una parziale ed oscura ripetizione; mentre rispetto ai delitti legittima l'argomentazione, che la dimostrazione della volontà di commettere un fatto contrario alla legge, la quale implica quella della conoscenza della legge, pur dichiarata irrilevante all'art. 45, costituisce una condizione imprescindibile della condanna.

Ma ogni contraddizione scompare, e svanisce ogni inutile ripetizione, quando la legge penale, di cui si parla all'art. 44, non si confonda colla legge in genere, alla quale l'art. 45 fa espresso riferimento. Ciò che è poi ancor meglio si è, che la distinzione fra la legge penale e la legge in genere in materia d'ignoranza elimina altresì la contraddizione, ben altrimenti deplorevole che non quella pur grave, che possa passare fra diverse disposizioni di legge, fra le dottrine giuridiche e la logica comune.

14. Ottime sono le soluzioni [1]) date dai Romani dei dubbî, che potevano sorgere sulla valutazione giuridica dell'ignoranza per parte dell'autore di un fatto incluso nella categoria dei reati sia della illegalità, sia della punibilità sua, ma non deve far meraviglia che da esse si desumessero regole vacillanti, confuse ed erronee [2]), ove

[1]) Intorno ad esse vedi indietro al vol. I, pag. 70 e seg. (FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*).

[2]) Il CLARO (*Practica civilis atque criminalis,* Ginevra, 1664, pag. 735), dopo d'aver riferite due opinioni diverse, spese entrambe da diversi autori come opinione comune, espone la sua, che consiste nel negare valore di scusa all'ignoranza degli statuti e del diritto particolare, quando le loro disposizioni concordino con

si pensi alla difficoltà di scoprire un principio, che permettesse di darne la spiegazione sistematica e razionale.

Che le leggi in genere non hanno, e tanto meno l'hanno le leggi penali, bisogno, per venire applicate, di essere conosciute da quelli, di fronte ai quali la loro applicazione deve aver luogo; che per altro sonvi disposizioni legislative, che per essere rettamente applicate richiedono per parte di chi le applica la constatazione in coloro, ai quali si tratta di applicarle, della conoscenza o del loro contenuto o dei loro presupposti, sono le due verità cardinali, a cui si informarono le decisioni romane, ed a cui si informa la pratica inglese [1]), che sebbene si sia nella sua elaborazione giovata assai poco delle tradizioni romane, è spesso giunta a conseguenze ben più conformi allo spirito del diritto romano di quanto non lo fossero le deduzioni da molti fra i romanisti ricavate dallo studio delle fonti romane, intrapreso secondo i metodi, che caratterizzarono la scolastica medioevale.

---

quelle del diritto comune. Ma altrove (op. cit., pag. 851) limita ai forestieri l'applicazione della regola contrapposta e riferisce come accettata comunemente una ulteriore limitazione di essa alle pene spirituali, e finalmente sull'autorità del BARTOLO assimila al diritto comune quello vigente in una intiera regione. In altro punto (op. cit., pag. 576) propone una distinzione tutta diversa, fondata cioè sulla maggiore o minore verosimiglianza della scusa allegata, e per aumentare la confusione le attribuisce valore o scriminante od attenuante a seconda dei casi. — Se in altri scrittori la confusione d'idee non è altrettanto appariscente, ciò dipende non da che essi avessero in proposito idee meglio definite, ma dal minor sviluppo dato all'argomento. Mentre le molteplici ed interminabili dispute, che si dibattevano fra loro, e le continue incertezze ed oscillazioni, che dominavano la pratica forense, avrebbero dovuto far chiaro a chiunque non si compiacesse di sognare ad occhi aperti di quante difficoltà fosse circondata la determinazione del diritto vigente, li vediamo tutti pedantescamente e servilmente ripetere l'osservazione fatta da NERAZIO (l. 2, *de juris et facti ignorantia*, D., XXII, 6) intorno alla possibilità di assegnare determinati confini alle questioni giuridiche, come dogma d'una verità indiscutibile e sufficiente a far apparire dipendente da una generosa indulgenza l'esenzione da pena, che si fosse accordata a chi avesse trasgredito un precetto ignorato.

1) L'analogia fra il diritto romano e l'inglese in tema d'ignoranza di diritto ha potuto venir disconosciuta dal BIRNBAUM nelle sue pregevolissime osservazioni sulle distinzioni fatte a facilitazione della teoria dell'ignoranza di diritto (*Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. XI, pag. 101-142, 295-327), perchè egli dalla distinzione fra i delitti *juris gentium* e quelli *juris civilis*, che come rettamente rileva (pag. 310) non venne in questo argomento utilizzata dagli Inglesi, non risalì al principio, a cui essa si informa, che è quello della conservazione nell'elemento psicologico del reato del suo valore giuridico anche in tema d'ignoranza di diritto: principio esplicitamente riconosciuto (v. STEPHEN, *A digest of the criminal law*, 4.ª edizione, Londra 1887, pag. 26) dalla giurisprudenza inglese.

La riluttanza per le costruzioni sistematiche trattenne Romani ed Inglesi dal ricercare e formulare la norma direttiva, che stava a base delle loro decisioni, mentre poi i giuristi romani, riassumendole in proposizioni aventi carattere di generalità, lasciavano apparire questa materia come soggetta all'impero d'una regola tirannica attenuata nella sua applicazione da limitazioni arbitrarie. Nè d'altronde l'impresa sarebbe riescita loro troppo agevole, dovendosi per effettuarla muovere dalla distinzione fra legge penale e norma giuridica, della quale potevano bensì, come avviene della massima parte delle verità fondamentali, subire inconsciamente l'influenza, ma che non venne da essi chiaramente percepita.

15. Elevandosi anche in questo punto dalla parafrasi delle considerazioni fatte dai giuristi romani a giustificazione delle soluzioni adottate, proposte o riferite, e che ben di frequente hanno un valore assai superiore a quello della loro motivazione, allo studio diretto del nesso, che collega le soluzioni date ai principî generali di diritto risultanti dal complesso delle compilazioni giustinianee, Savigny incominciava ad osservare [1]), come la frase *juris ignorantia* talvolta si riferisca alla natura punibile dell'azione, altre volte alla legge, che ne stabilisce la punibilità, e come tenendo conto di tale ambiguità di significato si possano risolvere parecchie apparenti antinomie delle fonti.

Ora sebbene il contrapposto fra la conoscenza della punibilità dell'azione e la conoscenza della legge penale, ossia fra la conoscenza della sua punibilità generica e quella della sua punibilità specifica non valga ancora a condurre ad una razionale valutazione degli effetti dell'ignoranza del diritto, chi la fa, si colloca sulla giusta strada per arrivarvi.

L'acuta critica delle ambiguità, che tuttavia si riscontravano nell'applicazione di altre distinzioni ancora più prossime al vero fatta da Gessler [2]) in un diligente e sistematico esame delle molteplici contingenze, nelle quali l'ignoranza o l'errore del giudicabile possono far nascere dubbî sulla sua punibilità, condusse Heinze [3]) a formulare nitidamente quel contrapposto fra la legge penale e le norme giuridiche, che il Binding [4]) ebbe poi ad illustrare — come apparecchio

---

[1]) *System des heutigen Römischen Rechts,* Berlino 1840, vol. III, pag. 389.

[2]) *Ueber den Einfluss des Rechtsirrthums im Strafrecht (Der Gerichtssaal,* anno X, pag. 217-237, 307-359).

[3]) *Ueber den Einfluss des Rechtsirrthums im Strafrecht (Der Gerichtssaal,* anno XIII, pag. 397-449).

[4]) *Die Normen und ihre Uebertretung,* Lipsia, vol. I, 1872 (ebbe una 2.ª ediz. nel 1890); vol. II, 1877.

alla trattazione dei reati colposi — con sì mirabile vastità di dottrina e profondità di pensiero, e che sembra destinato a rinnovare le più importanti teorie del diritto penale, e che, ora che venne rilevato, par tanto evidente, da non comprendersi, come abbia potuto non esser rilevato prima [1]).

Heinze però avvertendo, come l'ignoranza, che sola avrebbe dovuto aver importanza giuridica ammessa la distinzione da lui propugnata, e che invero era già stata fatta da Heffter [2]) e prima ancora presa in esame e rigettata come inammissibile da Rosshirt [3]), ma senza che nè l'uno, nè l'altro si rendessero chiaro conto del valore di essa, non possa di fatto verificarsi, se non rispetto alle azioni ed omissioni punite da leggi speciali, concludeva che raccomandando ai legislatori di adottare caso per caso le opportune cautele valevoli ad impedire, che le pene comminate avessero a colpire inaspettatamente persone, che non sapevano di essersi col loro contegno allontanate dalle norme giuridiche, conveniva troncare le infeconde disquisizioni, nelle quali senza riescir mai ad esercitare alcuna influenza sulla pratica, si erano

---

[1]) Sottoposto al Consiglio di Stato il progetto del codice penale sardo, che venne approvato nel 1839, la Sezione del Consiglio osservava essere inesatta la dizione dell'art. 1 e del 2, nei quali si parlava di *violazione della legge penale* e proponeva di dire invece: « Qualunque azione od omissione che la legge punisce è un reato ». « Il reato che la legge punisce con pene criminali è un crimine, ecc... ». Ma il Guardasigilli non comprese affatto la portata del sagace rilievo, e si oppose alla innovazione sostenendo intendersi benissimo dalla locuzione proposta, che è reato ogni *violazione di quanto proibisce la legge:* al che un consigliere replicava, che *la legge penale non proibisce esplicitamente di uccidere, ma punisce la persona che fa un tal crimine.* La disputa però si chiuse coll'osservazione fatta da un altro consigliere, che « l'essenziale in una legge è che possa essere facilmente intesa », e che « dicendo qualunque violazione della legge penale, s'intende qualunque atto che la legge stessa ha interesse a impedire ». E pur troppo abbondano tuttora quelli, che considerano quale un difetto dei teorici la cura nella correttezza delle espressioni, come se parlando scorrettamente si potesse essere più facilmente intesi, e come se non vi fosse e da un lato il pericolo, che la locuzione inesatta, indipendentemente dall'equivoco, reso impossibile dall'uso costante di attribuirle un senso che lo esclude, non abbia a produrne altri non previsti da chi la adopera; e dall'altro la speranza, che la correttezza delle espressioni giovi a rendere sempre più precisi i concetti giuridici ed a facilitare la constatazione delle erronee opinioni, che potessero inavvertitamente essersi accolte per vere.

[2]) *Die strafrechtliche Lehre von Ignorantia und Error (Neues Archiv des Criminalrechts,* vol. XII, pag. 143).

[3]) *In welchen Fällen kann sich der Verbrecher mit Unkenntniss des Rechts entschuldigen? (Neues Archiv des Criminalrechts,* vol. IX, pag. 500).

andati affaticando i giuristi sia circa al preteso obbligo di rendersi esperti nel diritto, sia circa agli effetti della inosservanza di tale obbligo.

Ed in fondo egli non aveva torto. Il diritto non deve essere una serie di elucubrazioni scientifiche, ma un complesso di norme, la cui applicazione riesca proficua alla società. Vero è che queste norme per riescire di utile applicazione non devono essere suggerite dallo arbitrio, nè consigliate dall'ignoranza: ma nella loro elaborazione il giurista deve sempre domandarsi, come potranno essere applicate.

Ora non è chi non veda, come in pratica l'adozione di una regola generale sul trattamento dell'ignoranza delle norme giuridiche, se riesce più conforme alle esigenze della logica giuridica possa riescire non difficile fonte di arbitrî. Converrebbe quindi dettare norme specifiche in proposito ispirate alla considerazione sia della qualità personale del giudicabile, la quale può o rendere verosimile l'ignoranza, come se si trattasse di uno straniero, o permettere di presumere senza temerità la conoscenza, come se si trattasse di persona esercente l'arte o la professione, colla quale la legge speciale ha attinenza; sia del contenuto della legge stessa, che può così in ragione della sua novità o della singolarità sua essere facilmente ignorato anche dopo la sua promulgazione, come essere probabilmente già noto prima di essa in ragione della sua generalità e della sua identità col contenuto di leggi preesistenti.

16. Noi abbiamo una disposizione di questo genere nello stesso codice penale. Dichiara l'art. 60, che nelle contravvenzioni commesse da chi è soggetto all'altrui autorità, direzione o vigilanza la pena, oltre alla persona subordinata, si applica anche alla persona rivestita dell'autorità, o incaricata della direzione o vigilanza, se trattisi di contravvenzione a disposizioni, che essa era tenuta a far osservare, e se la contravvenzione poteva essere impedita dalla sua diligenza. E fino a questo punto si ha soltanto od una estensione della figura del concorso al reato altrui, che avrebbe trovato opportuna sede di collocazione al titolo VI, o la creazione di una figura speciale di reato, che avrebbe dovuto venir preveduta al libro III.

Ma procedendo oltre il legislatore dichiara, che se la contravvenzione sia commessa per ordine della persona rivestita dell'autorità, o incaricata della direzione o vigilanza, e violi disposizioni che la persona medesima era tenuta per legge a far osservare, la pena si applica anche alla persona subordinata, nel caso in cui questa abbia commessa la contravvenzione non ostante speciale precetto o avvertimento dell'Autorità.

Ora che mancando questo precetto od avvertimento la persona subordinata debba andare impunita il legislatore non lo dice apertamente [1]), ma la locuzione usata per dichiarare quando la pena colpisce il subordinato è tale, da non lasciar dubitare, che verificandosi l'ordine per parte del superiore e mancando l'avvertimento per parte dell'Autorità si debba far luogo all'impunità.

Riferendo questa disposizione alla teorica dell'ignoranza della legge è facile rendersene conto, ed essa apparisce anche quale una continuazione delle tradizioni romane [2]). E che il riferimento non sia forzato, ma consentaneo al suo tenore risulta dalla condizione esclusiva della impunità. Dal momento infatti, che un precetto speciale, od un avvertimento rendono il subordinato punibile, la sua impunità va attribuita alla presunzione, che egli ignorasse di commettere una

---

[1]) Lo si sarebbe detto, se si fosse mantenuta la formula proposta dalla Commissione di revisione (v. verbale m. XIII, pag. 186), ma il ministro preferì di adottare una formula, che lasciasse all'interprete il merito di indovinarlo.

[2]) Ciò si dice in quanto i romani in materia d'ignoranza di diritto distinsero dalle altre le persone, quali i minori e le donne, che essendo di consueto negli atti della loro vita dirette da altri, sentono meno vivo il bisogno di assumere per conto proprio informazioni sul modo di condursi, ed in ispecie distinsero i delitti dalle contravvenzioni. Non deve invece l'art. 60 coordinarsi alle disposizioni del diritto romano (intorno ad esse v. al vol. I, pag. 89 e seg. FERRINI) relative alla perpetrazione di un reato per parte del servo e del figlio, cui essa fosse stata imposta dal padrone e dal padre, perchè il dominio e l'autorità dell'uno e dell'altro non trova riscontro nel nostro diritto.

Il ministro nella relazione (n. 41) colla quale presentava il suo progetto alla Camera dei deputati considerava senz'altro l'impunità del subordinato quale un caso d'applicazione della *norma comune del comando del superiore,* ed in coerenza a ciò diceva non potersi *far luogo alla giustificante dell'obbedienza gerarchica se non quando il titolo e la ragione di questa provengano dalla legge medesima;* certo non avendo presente la dicitura dell'articolo di cui parlava, perchè in esso quale era da lui proposto si faceva esclusiva menzione dell'*autorità, direzione o vigilanza anche temporanee, per ragione di famiglia, educazione, istruzione, custodia o lavoro.* Ma se fosse vera l'affermazione sfuggita al Guardasigilli (al quale è in questo punto sfuggita pure l'affermazione non meno erronea, che si trattasse di una riproduzione di analoghe disposizioni del regolamento toscano di polizia punitiva) sarebbe abbastanza stravagante la fattispecie, alla quale l'articolo, che nel codice divenne il 60, andrebbe riferito. Bisognerebbe supporre cioè, che col capoverso di esso si fosse voluto regolare l'ipotesi di un subordinato, che abbia ricevuto da una delle distinte autorità, alla cui dipendenza gerarchica si trova sottoposto (ipotesi che si può verificare ad esempio rispetto ai reali carabinieri, che dipendono ad un tempo dal ministro dell'interno, da quello di grazia e giustizia e da quello della guerra), l'ordine di compiere un fatto costituente contravvenzione, prevedendo anche lo strano caso, che un'altra di tali autorità di ciò informata abbia opposto il suo divieto, e quello ancora più strano, che della contravvenzione commessa in tali strane circostanze si sia fatta denunzia.

contravvenzione obbedendo all'ordine ricevuto. Ciò è ben chiaro rispetto all'avvertimento, ma anche il precetto speciale va considerato quale una notificazione della norma, che si presume ignorata, poichè sarebbe ben strano e disdicevole alla maestà del legislatore, che esso invece di considerare il precetto speciale come una notificazione della volontà legislativa, la quale si può ammettere rispetto a coloro, che per le loro condizioni di vita non si presumono in grado d'aver profittato della pubblicazione fattane nei modi ordinarî, lo ritenesse diretto ad agire sull'animo del subordinato per far prevalere l'autorità della legge, che per quanto da lui conosciuta non fosse da sola sufficiente a bilanciare l'autorità del superiore.

17. Solo pertanto a chi conosce la norma giuridica ne può essere imputata la trasgressione, ma perchè l'imputazione da possibile diventi effettiva occorre a termini dell'art. 45, che la trasgressione sia volontaria, la qual condizione ulteriore si verifica, quando sia voluto il fatto, che la pone in essere.

Per accertare in concreto la ricorrenza di tal condizione occorre quindi incominciare dallo stabilire quali siano gli elementi costitutivi del fatto implicante la trasgressione della norma giuridica elevata a reato dal legislatore: il che può farsi soltanto mediante la conoscenza della parte speciale della legislazione. Si deve poi analizzare il fatto risultato a carico dell'imputato, per determinare, se in esso si riscontrino tali elementi: la qual operazione [1]) va rimessa al retto criterio d'ogni singolo giudicante, giacchè per quanto si vogliano escogitare regole adatte a facilitare l'applicazione di altre regole, si perviene finalmente al punto, in cui della regola appresa occorre fare uso pratico, e questo da ognuno si fa a seconda della propria capacità individuale, che può essère perfezionata coll'esercizio, ben utilizzata mediante l'attenzione, ma non comunicata o trasmessa a chi ne sia privo. Finalmente si procede a ricercare, se il fatto risultato siasi nelle parti dichiarate elementi costitutivi d'un reato volontariamente compiuto.

---

[1]) KANT (*Kritik der reinen Vernunft,* 2.° volume della raccolta citata, pagina 118) attribuisce tale operazione ad una speciale facoltà da lui chiamata del *Giudizio.* Indipendentemente dalla soluzione della questione psicologica della sussistenza di facoltà distinte, alle quali vadano rispettivamente attribuite le varie operazioni intellettuali, analogamente all'attribuzione che si fa delle varie sensazioni a sensi distinti, certo l'applicazione della regola data al caso pratico, la decisione sulla corrispondenza o disformità fra il caso concreto ed il caso, in previsione del quale la regola è stabilita, è logicamente distinta da ogni altra operazione intellettuale.

È chiaro, che la ricerca dell'elemento della volontarietà comune a tutti indistintamente i reati, e che deve perciò venire accertato rispetto ad ognuno di essi, andava regolata, come lo fu, nella parte generale del codice.

18. Quali siano i fatti voluti, e come si distinguano dai non voluti, non dice il legislatore: egli si limita a dichiarare, che solo se sia voluto può un fatto legittimare a carico del suo autore l'irrogazione d'una pena.

Ora il carattere della volontarietà, inerente ai prodotti della volizione, non esercita influenza praticamente apprezzabile (se non ne eserciti alcuna è questione, che non interessa il giurista, il quale deve preoccuparsi solo di risolvere le questioni, che possono effettivamente influire sull'amministrazione della giustizia) sulla loro costituzione oggettiva, onde non si può desumerlo dall' analisi degli elementi, che rispettivamente costituiscono il fatto voluto e l'avvenimento verificatosi involontariamente.

Non perchè taluno voglia servirsi del ramo di un albero come bastone, il distacco dal tronco, che egli ne effettua, è necessariamente diverso da quello prodotto dalla forza del vento o dal peso della neve; ma mentre nel concepimento del desiderio del bastone si ripone la causa del distacco operato dalla mano dell'uomo, a nessuno verrà certo in mente di affermare, che il vento soffia o la neve cade per disgiungere un albero in più parti. In questo va riposta la differenza sostanziale fra l'uno e l'altro caso, e non già nella eventuale diversità quanto al modo della frattura; chè se l' uomo, in ispecie quando si aiuti con macchine, riesce a provocare fenomeni, che le forze naturali operando da sole non sogliono produrre, ciò potrebbe autorizzare soltanto a distinguere le sue produzioni da quelle naturali in vista d'una maggior perfezione o d'altra analoga qualità, ma non a stabilire fra le une e le altre il contrapposto del volontario al necessario.

Nè a stabilire la volontarietà d'un fenomeno basta certo la sua attitudine a soddisfare un determinato bisogno del suo autore. L'uomo ha bisogno per vivere, che il suo sangue circoli, che i suoi polmoni aspirino ed espirino l'aria atmosferica; ma circolazione e respirazione son così poco volontarie [1]), che solo dopo il 1593 gli uomini sep-

---

[1]) Che tali funzioni abbiano potuto esserlo in origine, e che possano esserlo in alcuni animali inferiori (su ciò v. WUNDT, *Grundzüge der phisiologischen Psichologie*, Lipsia, 1893, vol. 2, pag. 591 e seg., 596 e seg.) riesce affatto indifferente agli scopi della presente ricerca.

pero[1]), come il loro sangue circolava, ed appena nel secolo decimottavo incominciarono[2]) a conoscere con precisione, come si verificasse il fenomeno della respirazione.

Quello della volontarietà è pertanto un concetto essenzialmente logico, perchè si riferisce non ad una cosa, o alla qualità di una cosa, ma al rapporto in cui un fenomeno sta con un altro: rapporto, che costituisce quasi una inversione di quello causale. Qualificando volontario un fenomeno si esprime l'opinione, che le operazioni per mezzo delle quali si è effettuato, e che in realtà ne sono la causa, siano il prodotto dell'azione psichica esercitata sul loro autore dalla rappresentazione di questo fatto. Si dice voluto l'atto, la cui esecuzione fu nella mente del suo autore preceduta e determinata dalla rappresentazione di esso.

19. Anche quella della volontarietà è quindi una condizione non suscettiva di accertamento diretto per parte del giudice, perchè la sua verificazione implica un fenomeno psichico, che sfugge ad ogni constatazione esteriore, e che ad ogni modo si svolge anteriormente al di lui intervento.

Si deve adunque alla pari di quella della conoscenza della norma giuridica violata ritenerla verificata, quando non risulti espressamente esclusa.

Mentre però nessuna regola generale poteva dettarsi circa alla prova della esclusione di tale conoscenza, attesa la indefinita moltiplicità dei modi, in cui può acquistarsi notizia d'una norma giuridica, l'uniformità dell'esercizio della funzione volitiva permette di stabilire alcune regole relative alla prova della mancanza dell'elemento della volontarietà.

20. La prima di queste regole si riannoda per altro alla distinzione fra i reati, che si commettono con una azione, e quelli, nei quali si cade a causa di una omissione, sicchè propriamente non dipende dal modo, in cui funziona la volontà.

---

[1]) Anzi la diffusione delle nozioni relative alla circolazione del sangue fu ancora posteriore, essendosi solo nel 1678 stampata a Francoforte l' *Exercitatio anatomica de motu cordis et sanguinis in animalibus* di GUGLIELMO HARVEY. Ma nell'anno indicato nel testo già ANDREA CESALPINO di Arezzo aveva pubblicati due libri di questioni mediche, nei quali dimostrava la circolazione generale del sangue, e sebbene la scoperta della relativa teoria comunemente si attribuisca all'HERVEY, egli fu da alcuni fra i suoi contemporanei accusato di plagio.

[2]) A LAVOISIER (nato a Parigi nel 1743, decapitato nel 1794) spetta il merito di avere sulle basi delle scoperte anteriori (di BORELLI - 1679, - VAN HELMONT - n. il 1577, m. il 1644 - PRIESTLEY - n. il 1733, m. il 1804) elevato un edifizio solido e completo intorno ai fenomeni della respirazione.

Siccome l'omissione nella realtà delle cose non esiste, le sue qualifiche non possono essere che metaforiche, e non dovendo l' applicazione del diritto fondarsi sulle metafore, rispetto ai reati di omissione si deve determinare anzitutto quale venga in essi ad essere il campo d'applicazione del concetto della volontarietà.

Per lo più in concreto l' omissione si coordinerà ad una deliberazione conforme di colui, che era tenuto ad agire, essendo difficile che non si sia affacciato alla sua mente il pensiero della convenienza di compiere l'azione imposta dalle norme giuridiche, e che egli non si sia trovato così nella condizione di dover decidere, se era o no il caso di eseguirla. L'elemento della volontarietà dovrebbe allora ricercarsi nella relativa deliberazione, e siccome il tenore di essa non può influire sulle modalità della ricerca, verrebbe meno ogni ragione di distinguere questi casi da quelli, in cui si ha da giudicare della volontarietà di un fatto costituente reato di azione.

Per altro in pratica questi casi vanno quasi inevitabilmente confusi con quelli, anch'essi possibili sebbene meno frequenti, in cui l'omissione dipende dalla mancata deliberazione di agire e non dalla deliberazione di non agire. Sicchè alla regola propria di questi ultimi resta assicurata una applicazione pressochè generale.

Infatti la deliberazione di non agire di sua natura non lascia alcuna traccia di sè, e quindi non ostante la sua verificazione d'ordinario mancherà nei casi concreti qualunque dato per far risalire ad essa la constatata inazione.

Chi prenda a considerare l'inazione in sè stessa, e prescindendo così dal riferirla al deliberato proposito di non agire, col qualificarla volontaria, non può voler dire altra cosa, se non che l' inerte aveva la possibilità di agire, perchè solo le entità positive ammettono una qualsiasi qualifica. Per escludere la sua volontarietà, bisognerà quindi dimostrare, che la possibilità di agire mancava, e questa dimostrazione deve dal momento, in cui avvenne la constatazione dell' omissione, risalire a quello, nel quale ha incominciato a sussistere l'obbligo di agire: momento che è determinabile solo in base alla conoscenza specifica della norma giuridica violata coll' inazione. Una qualunque soluzione di continuità fra questi due limiti estremi basta a far ritenere volontaria, ed a far come tale imputare, l'incorsa omissione.

La prova dell'esclusione della possibilità d' agire può essere poi data solo dimostrando, che se si fosse concepita la risoluzione di compiere l'azione imposta, non si avrebbe avuto modo di eseguirla, e la dimostrazione dell' impossibilità di concepirla (a meno che sia basata sull'anormalità delle condizioni psichiche dell'obbligato ad a-

gire, nel qual caso però la questione dal campo dell'imputazione del fatto è portata in quello dell'imputabilità dell'agente) va senz'altro respinta come fondata sopra un equivoco. Il fatto che non la si è concepita dimostra invero di per sè, che essa in concreto non poteva verificarsi, ma se avrebbe potuto verificarsi invece in altre condizioni non è neppure un problema seriamente proponibile, perchè data la libertà di imaginar sostituite altre condizioni a quelle, che si sono verificate e che l'hanno esclusa, nulla vieta d'includervi le condizioni che l'avrebbero implicata. Quando agli effetti giuridici si parla di possibilità di risolversi in uno od in altro senso, non si può a meno di riferirsi alla possibilità astratta, mentre in concreto non si ha mai che la verificazione di un fatto o la sua esclusione, e se prima che l'una o l'altra siasi verificata si parla di possibilità, ciò dipende dall'ignoranza, in cui si versa circa alle circostanze, che rispettivamente condizionano questa o quella.

21. Per accertare la ricorrenza della condizione della volontarietà rispetto ai reati di azione, bisogna muovere dalla distinzione fra l'elemento materiale del reato ed il suo elemento psichico. Rispetto al primo deve ricercarsi, se sia prodotto da una volizione: il concorso del secondo rende volontario agli effetti penali il fatto voluto.

22. L'elemento materiale del reato può constare di varie parti, e verificandosi tale ipotesi, la ricorrenza della volizione è richiesta solo rispetto all'ultima di esse. L'abitudine finisce col farci compiere inconsciamente molti atti, che prescindendo da essa avrebbero bisogno della volontà, per venir compiuti. Ma se questi ci fanno raggiungere un dato risultato, che può anche consistere nella esecuzione di un atto ulteriore, la loro esecuzione indipendente da una volizione specifica non basta ad escludere la volontarietà dell'atto finale, e quando questa si verifichi, vanno imputati anch'essi.

Perchè il movimento esteriore, che costituisce l'elemento materiale del reato, abbia a considerarsi come involontario, occorre adunque provare, che esso ha nella sua parte finale una causa non psichica, ma fisica.

Questa può essere poi esterna od interna. Se sia esterna, la prova del nesso causale, che passa fra essa e l'atto incriminato, non presenta specialità, che possano influire sulla determinazione delle regole relative al modo di raccoglierla. Se sia interna occorreranno, per valutare rettamente le circostanze di fatto risultanti in processo, cognizioni tecniche precise sui contrassegni caratteristici dei movimenti automatici e riflessi, le quali possono eventualmente essere famigliari ad un qualche giudice, ma il cui possesso, non trattandosi di co-

gnizioni giuridiche, non deve nel giudice in genere presupporsi, e che vanno quindi fornite da un perito.

Se il giudice non deve però mai delegare al perito le funzioni, che gli son proprie, permettendo ad esso di decidere l'insorta controversia, ed è tenuto a valersi dell'opera sua, per mettersi in grado di emettere la decisione propria con piena conoscenza di causa, tanto più attentamente deve curare, che il perito non esorbiti dalla sfera dell'attività sua, quando, come in questo caso, le ricerche peritali riflettono una materia, che ha col diritto molti punti di contatto. Il giudice dovrà pertanto riserbare a sè, e non rimettere al perito, la definizione del concetto della volizione, e dichiaratogli che agli effetti giuridici solo il movimento, che fu preceduto e causato da una conforme deliberazione psichica, può aversi per voluto, lo incaricherà di ricercare, se i movimenti compiuti dall'imputato, e che costituirebbero la parte soggettiva, ma materiale del reato, potessero eseguirsi indipendentemente da una tale deliberazione. Stabilito questo punto, che solo ha importanza giuridica, vengono ad avere un valore accessorio le questioni, che pure sotto il punto di vista scientifico sono importantissime, relative alla distinzione fra i casi, in cui l'eccitazione nervosa, che ha prodotto il movimento non volontario siasi dalla periferia trasmessa ai centri nervosi, e nei quali si parla di movimento riflesso, e quelli in cui l' eccitazione nervosa ha origine centrale, nei quali si ha un movimento automatico in senso stretto.

Non è agevole, che il giudice sia chiamato a decidere, se l'atto consumativo del reato sia stato provocato da una causa esterna, che abbia sottratte al dominio della sua volontà le membra dell'imputato. Difficilmente un reato può compiersi con movimenti così semplici, quali son quelli, che possono farsi eseguire da un uomo riluttante a suo dispetto; ed ancor più difficile è, che chi vuole far compiere un fatto costituente reato da chi non vorrebbe, si limiti ad agire sul suo corpo, invece di cercare di piegarne l'animo, riducendolo colla violenza e colle minaccie prono ai suoi comandi. Movimenti o cadute, che abbiano offeso altri, dipendenti da urto o da spostamento del centro di gravità possono presentare le ipotesi meno inverosimili di somiglianti fattispecie.

Ancor più difficile è, che gli atti occorrenti alla esecuzione materiale di un reato possano da un uomo sano di mente (e qui si prescinde dall'ipotesi dell'infermità mentale, che rientra nella teorica dell'imputabilità) essere stati eseguiti meccanicamente. Per concepirne la possibilità, bisogna pensare a reati, che si consumino anche con

grida od atti incomposti, quali il turbamento di funzioni religiose (art. 140) od altri simili di non frequente ricorrenza.

23. Ma può chi ha ferito avere volontariamente compiuto il movimento, dal quale la ferita fu causata, e non perchè il suo braccio si sia disteso per un moto spasmodico indipendente dal concorso della sua volontà; può chi è stato trovato fuori della propria abitazione in possesso di un coltello acuminato a lama fissa (articoli 464, 470) averlo avuto in tasca non perchè altri ve lo abbia introdotto a sua insaputa o contro la sua volontà, ma per avervelo messo egli stesso: con ciò non è detto ancora, che costoro abbiano voluto un fatto costituente reato. Voler muovere un braccio non implica voler percuotere, e muovendo volontariamente un braccio senza voler percuotere si può tuttavia farlo, o perchè si fosse al buio, o perchè per la fretta, per distrazione o per altra analoga causa non si badasse a quello che si faceva: voler andar provvisti d'un coltello non significa voler asportare un'arma insidiosa, e come può taluno credendo di portare attorno una innocua canna, passeggiare collo stocco, che a sua insaputa v'è chiuso, così si può ignorare l'esistenza della molla o di quell'altro congegno atto a render fissa la lama del coltello, che volontariamente s'era intascato.

A questa necessità dell'integrazione dell'elemento materiale del reato con un elemento psichico accenna lo stesso capoverso dell'articolo 45, dichiarando superflua rispetto alle contravvenzioni la dimostrazione della volontà di commettere un fatto illecito. Applicando tale disposizione agli ultimi esempî proposti si dovrà dichiarare superflua per la condanna del giudicabile la prova della scienza dell'esistenza dello stocco nel bastone che portava o della molla nel coltello che deteneva; ma dovrà ad un tempo dichiararsi sufficiente la prova della sua ignoranza di siffatte circostanze a legittimare il suo proscioglimento. Ed applicando alla prima fattispecie la regola stabilita nell'alinea di detto articolo, quale viene maggiormente chiarita dal confronto di esso col capoverso, si dovrà escludere la possibilità di punire pel delitto preveduto dall'art. 372 l'involontario feritore, salvo a vedere se la lesione inferta valga a stabilire a suo carico una responsabilità penale in quanto sia conseguenza della sua imprudenza o di un'altra delle cause eventuali di disgrazie, di cui si discorre all'art. 375.

Affinchè si abbia la volizione di un fatto costituente reato, come si dice nell'alinea, o la volizione d'un fatto illecito, come vien detto nel capoverso, occorre, che la volizione del fatto materiale sia avvenuta col concorso della scienza della sua illeceità, la quale importa

così la cognizione della norma trasgredita da esso, come la conoscenza di quelle fra le circostanze, che la costituiscono, da cui risulta il rapporto di contraddizione con tale norma.

La volizione, a cui va attribuita l'esecuzione del fatto, non può certo scindersi in due parti, di cui una vada riferita alla materialità di questo, l'altra agli elementi, che lo rendono incriminabile. La volizione non può in ogni caso essere che unica. Ma essa sarà giuridicamente diversa, e diversi saranno gli effetti giuridici ad essa inerenti a seconda che tali elementi siano o no noti all'agente nel momento, in cui viene adottata.

24. Sicchè rispetto all'elemento psichico propriamente deve parlarsi del suo concorso e non della sua volontarietà. Nè propriamente la distinzione fra volontarî ed involontarî riesce applicabile ai pensieri. Essa ha un significato esatto e preciso rispetto ai movimenti corporei, alcuni dei quali sono accompagnati dalla coscienza della loro esecuzione e determinati precisamente dalla loro rappresentazione psichica, mentre altri avvengono inconsciamente e sono provocati da cause fisiche. Ma per estenderla ai pensieri, bisogna falsare il concetto della volontarietà, confondendolo con quello della arbitrarietà.

Trattandosi di un concetto, che si fonda sul presupposto della contemporanea possibilità di due condizioni di fatto contrarie — presupposto, che a sua volta per diventare logicamente concepibile ha bisogno del presupposto ulteriore dell'autonomia della volontà umana — la sua applicazione non può certo riescire del tutto agevole e piana. Comunque si possono fra le varie concezioni intellettuali dell' uomo distinguere quelle, che si prestano ad essere considerate come arbitrarie, in quanto si reputi, che sia in balia dell' uomo provocarle o no, fermarvi sopra la propria mente o cacciarle da essa, quali sarebbero le imagini e le reminiscenze da quelle, che appariscono senza altro col carattere della necessità, quali sono le deduzioni logiche. Ma volontarie sono egualmente le une e le altre, e se talora diciamo involontario un qualche nostro pensiero, ciò significa solo che o non sappiamo renderci conto della causa mediata, che lo ha provocato (la causa immediata sta sempre nella volizione, che ci si manifesta nella esecuzione che ha avuto, collo avercelo fatto accogliere), o che desidereremmo liberarcene senza riescirvi, appunto come talora desidereremmo di non eseguire atti materiali, quali quello del fumare, mentre si è convinti che ciò possa riescir pregiudizievole alla salute, che tuttavia eseguiamo, e che non perchè siamo malcontenti di fare ci asteniamo dal considerare come volontarî. Perchè vi fossero fun-

zioni psichiche involontarie, bisognerebbe, che le forze fisiche, che ci circondano e la volontà altrui, come possono non solo indurci a compiere dati movimenti, ma muovere direttamente le nostre membra, così potessero non solo fornirci occasione di pensare, ed apprestare la materia dei nostri pensieri, ma elaborarli direttamente.

25. È a questo elemento psichico, che deve verificarsi al momento in cui volontariamente si compie l' atto, che rappresenta la parte materiale del reato, affinchè si possa dire — in conformità della dizione usata all'art. 45 — voluto il fatto, che costituisce il delitto, che si accenna, quando si parla di dolo.

Sebbene non la definisca espressamente, il codice civile col determinare (art. 1038, 1077, 1108, 1115, 1305, 1746) gli effetti inerenti alla cosa per mezzo di essa designata, fa intendere abbastanza chiaramente qual significato [1]) sia da esso attribuito a questa parola. Essa si riferisce ad uno stato dell'animo umano (art. 1305) consistente nella volontà estrinsecata con raggiri (art. 1115) di procurarsi a spese degli altrui legittimi interessi un indebito profitto.

Che la ricorrenza di questo stato d'animo sia essenziale ad ogni reato a niuno verrebbe certo in mente di sostenerlo: che lo possa essere rispetto ad alcuno è questione, che non si può decidere se non riferendosi alla parte speciale del diritto penale, che insegna a conoscere quali sono gli elementi, che contraddistinguono ogni singolo reato. Qualora per altro lo studio della parte speciale mostrasse essere il *dolo* comune a molti reati, ciò potrebbe indurre a ricercare, se tale caratteristica comune non abbia l'effetto di renderli tutti soggetti a qualche regola conforme, che converrebbe allora collocare ed illustrare nella parte generale.

Ma il *dolo* di cui parla il codice civile è essenziale soltanto ai delitti previsti al capo III del titolo X, ed a quelli preveduti dagli articoli 170, 204, 224, 256 n. 3, 258 alinea, 270, 272-274, 280, 293-297, 299, sebbene possa talora ricorrere anche in altri reati, i quali però non cessano d'esser tali per la sua mancanza, non trattandosi rispetto ad essi di un elemento costitutivo.

E si ritorna a non trovare alcuno disposto a sostenere la convenienza di riunire in una sola classe tali reati, e tanto meno l'opportunità di occuparsi di essi nella parte generale.

[1]) Però neppure nel codice civile tale significato le è mantenuto costantemente. Il *dolo* di cui si parla all'art. 1229 non implica l'uso di artificio qualsiasi, e non è altro che il deliberato proposito di non adempiere una obbligazione, alla quale si sarebbe tenuti; ed è questo senso più generico, che il *dolo* assume anche nelle materie civili, quando lo si contrappone alla *colpa*.

Quando viene adoperato nella parte generale del diritto penale non può pertanto a questo vocabolo venir assegnato un senso conforme a quello, che esso ha nel diritto civile. Anche i penalisti lo contrappongono alla *colpa*, come fa l'art. 1746 del codice civile, ma a differenza di quanto si fa dal diritto civile (cod. civ., art. 1108) lo estendono ai casi, in cui il proposito ingiusto si attua colla violenza anzichè colla frode, ed a quelli, in cui lo scopo, al quale mira l'agente, è diverso dalla consecuzione d'un profitto patrimoniale [1]).

Ora l'usare in un ramo del diritto una parola, che in altro ramo di esso ha un significato diverso da quello, nel quale si vuole spenderla, è cosa tollerabile solo a patto di ottenerne vantaggi, che non si potrebbero altrimenti conseguire, e che valgano a compensare gli inconvenienti ad essa inerenti.

---

[1]) CARMIGNANI (op. cit., vol. I, pag. 40) espressamente avvertendo di voler lasciare impregiudicata ogni questione relativa alla definizione del *dolo* nel diritto civile dichiara, che il *dolo* penale correttamente si definisce *actus intentionis plus minusve perfectae ad legem laedendam directus externisque signis prorumpens*, ma soggiunge che da altri il *dolo* vien definito *proaresin consilium nempe, propositumque delinquendi*, e non disapprova tal definizione. MORI (*Teorica del codice penale toscano*, Firenze, 1854, pag. 48) fa consistere il *dolo* nella volizione di un fatto contrario alla legge penale per sè medesimo, benchè ne sia riconosciuta dall'agente l'opposizione alla legge penale. PUCCIONI (*Saggio di diritto penale teorico-pratico*, Firenze, 1858, pag. 37) lo definisce *la coscienza che ebbe il delinquente nel commettere l'azione vietata, o nell'astenersi dalla comandata, di violare liberamente la legge penale*. CARRARA (*Programma*, Parte generale, Lucca, 1871, pag. 61): *la intenzione più o meno perfetta di fare un atto che si conosce contrario alla legge*. PESSINA (*Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882, vol. I, pag. 172) dichiara genericamente il *dolo* essere *voluntas sceleris*. E già GIOVANNI CALVINO (nato, alla pari del celebre riformatore suo ononimo, nel secolo decimosesto, ma parecchi anni dopo di lui, ed in Germania, ove ebbe cattedra di professore ordinario alla facoltà giuridica di Heidelberg) nel suo *Lexicon Iuridicum* (2.ª ed., 1610, col. 647) dice non potersi negare, che il *dolo* sia fonte di tutti quanti i delitti, e che senza di esso si suol reputare non esservi reato, sebbene prima avesse date del *dolo* definizioni che contraddicono tali affermazioni, e vanno quindi riferite alle materie civili. Nel suo dizionario giuridico HOLTZENDORFF affidò la trattazione di questa voce a due autori distinti (ECK pel *dolo* in diritto civile, GEYER nel *dolo* in diritto penale), ed il *dolo* penale vi è definito *direzione della volontà al male, la cui produzione è minacciata di pena*, ma vi si trova espressamente riconosciuto, che dagli scrittori e dalle leggi vengono usate come tutto equivalenti a *dolo* varie espressioni, che non sono poi equivalenti fra loro, e che sarebbe desiderabile veder adottata una più precisa terminologia.

Egualmente venne affidata a due distinti autori la trattazione di questa voce nel *Digesto italiano*, ma veramente a me non pare, che quello, a cui toccò la trattazione del *dolo* nelle materie penali, si sia reso conto chiaro dell'argomento svolto.

Per decidere, se questa ipotesi si verifichi, bisogna evidentemente incominciare dallo stabilire quale sia il concetto, che per mezzo di essa si vuole esprimere. Ciò si era fatto in modo esplicito e formale col codice bavarese, ove all'art. 39 [1]) la parola *dolus* chiusa fra parentesi era scritta di seguito alla frase *ingiusto proposito,* ad indicare, che essa era a questa equivalente, per procedere poi a dichiarare, che un crimine è commesso con *dolo* quando una persona si propone la produzione del crimine risultante dalla sua azione come scopo e fine di questa sua azione, essendo ad un tempo consapevole della illegalità e della punibilità di questa decisione, e che il dolo non è escluso nè dall'opinione, che ciò che è vietato sotto la comminazione d'una pena civile sia lecito secondo la coscienza o la religione, nè dall'errore o dall'ignoranza concernente soltanto la qualità o la quantità della pena, nè dalla qualità del fine ultimo o del motivo impellente, pel quale si è concepita la decisione del crimine.

Certo *dolo* riesce più breve, che non *ingiusto proposito,* e quindi nei paesi, in cui l'uso di tal vocabolo non ripugna all'indole della lingua [2]), si potrebbe adoperarlo invece della frase corrispondente, sebbene il risparmio non sia poi così considerevole da valer la pena di esporsi per conseguirlo al pericolo delle incertezze e delle confusioni inerenti alla possibilità, che talvolta lo si abbia ad usare in un senso diverso da quello, che gli si è convenzionalmente attribuito. E se poi, per evitare questo pericolo, si deve ogni volta che lo si adopera dichiarare, se lo si faccia riferendosi al senso convenuto o prescindendo da esso, allora resterebbe abbastanza difficile precisare a che cosa si riduca il guadagno realizzato.

Anche la frase *ingiusto proposito* riesce più breve che non proposito, qualunque sia il motivo impellente pel quale lo si è concepito, di produrre come scopo e fine, qualunque sia il fine ultimo cui si mira, della propria azione il crimine risultante da essa, accompagnato dalla consapevolezza della illegalità, sebbene non da quella della

---

[1]) Questo articolo venne abolito dall'art. 8, sez. 2, della legge 29 agosto 1848: esso era stato integralmente riprodotto all'art. 52 del codice pel granducato di Oldenburgo.

[2]) Se il disuso, in cui è caduto l'impiego della lingua latina nella trattazione degli affari giuridici e nella esposizione scientifica del diritto, riduce ad essere una questione di tempo l'abbandono definitivo della parola *dolo* negli altri paesi, in Grecia (ed il codice greco effettivamente la usa all'art. 38) e nei paesi latini (ove, sebbene il significato etimologico della parola non possa esser noto a chiunque, abbondano quelli che lo conoscono) la sua conservazione nel linguaggio giuridico in un senso disforme da quello, che i non giuristi ed i civilisti si accordano nel riconoscerle, riesce abbastanza singolare.

immoralità, o della empietà, e della punibilità, sebbene non da quella della qualità e della quantità della pena, di questa decisione. Ma perchè dando a *proposito* la qualifica di *ingiusto* si vengano a specificare tutte queste cose, occorre, che le si siano dette prima, e si sia convenuto di averle per ripetute ogniqualvolta invece di vederle riprodotte, si trovi a causa di brevità parlato solo d' *ingiusto proposito.* Ed allora le locuzioni giuridiche diventano altrettanti segni algebrici, che non giovano però come fa l'uso di tali segni nei calcoli matematici a condensare in un enunciato unico un numero indefinito di problemi speciali, che diventan così suscettivi di una soluzione unica, ma possono piuttosto rendere meno malagevole, che sotto le parvenze di un linguaggio tecnicamente preciso si nasconda la più deplorevole ambiguità di concetti.

Il linguaggio tecnico non è un gergo; ma frase di gergo e non locuzione tecnica è quella, il cui significato si determina non in base all'uso concorde dei cultori della disciplina, nella quale si manifesta il bisogno di adoperarla, sibbene uniformandosi ad una dichiarazione individuale senza che in ciò faccia differenza, che chi pretende imporre agli altri di accettarla come propria e corrispondente al concetto che egli vuole per mezzo di essa designare sia uno scrittore privato più o meno autorevole o lo stesso legislatore [1]).

Ma la nostra legislazione non dichiara qual altro significato competa alla parola *dolo* oltre a quello, che le attribuiscono le leggi civili, e quindi chi non sia persuaso, che oltre al concetto da essa espresso quando è usata con riferimento alle materie civili, ve ne è un altro, che non si può esprimer meglio che ricorrendo nuovamente a lei, non deve persistere nello spenderla a doppio uso.

La teorica dell'imputazione, elaborata mediante l'analisi delle relative disposizioni del diritto positivo [2]), nella sua esposizione con-

---

[1]) CLAUDIO, che non brillò certo per sapienza civile, impose ai romani l'adozione di tre nuove lettere dell'alfabeto (TACITO, *Annali,* lib. XI, 14, pag. 501 e seg. del vol. I dell'edizione di Lipsia del 1752), ma il loro uso cadde presto in desuetudine. Già prima il servile desiderio di lusingare la vanità del padrone dell' impero aveva spinto il giureconsulto ATEIO CAPITONE ad affermare, che solo perchè usata da Tiberio sarebbe divenuta latina anche se non lo fosse stata prima una parola, nella cui purezza vi erano dubbi, ma virilmente gli rispose M. POMPONIO MARCELLO: *Mentitur Capito, tu enim Caezar divitatem dare potes hominibus, verbis non potes* (SVETONIO, *de grammaticis,* 22; pag. 266 della raccolta delle Opere pubblicata a Lipsia nel 1871).

[2]) Ad una teoria, che non si professi direttamente dedotta o dalla intuizione dell'idea o da proposizioni d'una verità universalmente riconosciuta sogliono, specialmente in Italia, negare carattere scientifico molti fra gli scrittori di cose penali.

duce a dover esprimere i concetti della *volizione*, del *fatto costituente reato*, della *consapevolezza della illeceità del fatto voluto.*

Di essi il primo è ben espresso con una sola parola diversa da *dolo*, e non potrebbe produrre che confusione il volersi servire anche di questa per esprimerlo; al secondo consistente in una entità

Il padre degli artefici d'un diritto universale era stato indotto a proporre ai giuristi la sostituzione del suo metodo filosofico, naturale e logico a quello così pedestre e noioso, che da essi comunemente si seguiva, consistente nello studiare il diritto romano ed il diritto canonico, specialmente dalla considerazione della brevità della vita e della prolissità del diritto. Ma oltre al vantaggio di compiere il proprio tirocinio giuridico in tre mesi, se si aveva ingegno positivo, in due mesi se si era dotati di ingegno comparativo, ed in un mese, se si possedeva un ingegno superlativo, apprendendo le figure, le regole e le questioni di RAIMONDO LULLO (intorno a lui ed alle sue opere v. SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechtes im Mittelalter*, vol. V, pag. 540 e seg., ed appendici 9 e 10, Heidelberg, 1829), invece di consumare lunghi anni nello studio delle varie e tutte voluminose compilazioni giuridiche, si conseguiva quello assai più rilevante e quasi inestimabile di saper distinguere le leggi ed i canoni meritevoli di applicazione come corrispondenti alla verità assoluta ed al diritto naturale, dalle leggi e dai canoni, di cui non si doveva far caso considerandoli come inesistenti, perchè repugnanti al diritto naturale ed alla verità assoluta. Ed è su questa necessità di avere un criterio per distinguere le leggi buone dalle cattive, e su quella di dare alla scienza una base meno incerta delle mutabili ed arbitrarie dichiarazioni di volontà emanate dalle persone investite di potere legislativo, che insistono gli odierni nemici degli inetti ingombratori delle giovani menti *di dettati positivi i quali poscia al presentarsi di quei giovani nella palestra forense possono trovarsi totalmente cambiati, lasciandole affatto digiuni dei sommi principii razionali che valgono per chiunque sa leggere ad interpretare senza difficoltà qualsisia Codice penale novello che del tutto discorde dai principii di ragione non sia* (CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale.* Lucca, 1870, vol. I, pag. 14 e seg.). Ma io mi chiedo, che cosa si penserebbe di chi proponesse d'insegnare ai bambini come ottimo fra i modi di comunicazione fra gli uomini non uno dei linguaggi usati di fatto e quindi creati dall'arbitrio umano e soggetti a mutazione e varî col variare delle località, ma un metodo scoperto mediante lo studio delle umane facoltà e l'analisi razionale dei concetti di concepimento del pensiero, manifestazione del pensiero, apprensione delle manifestazioni altrui ed altri simili: metodo razionale e non empirico, ed avente valore assoluto ed eterno come quello che prescinde dalle condizioni di tempo e di luogo.

Intanto a FERRI, a LOMBROSO ed ai loro seguaci non sarebbe venuto in mente di proporre come la cosa più semplice del mondo, che la legislazione penale avesse, a cominciare dal giorno, in cui i loro scritti fossero stati abbastanza diffusi e capiti, a cambiare indirizzo, se non avessero sentito ripetere da ogni parte, e non avessero condivisa coi loro avversarî l'opinione, che l'indirizzo fino ad allora seguìto era quello, che il CARRARA ed i suoi compagni di fede trovavano giusto e razionale, e non l'indirizzo, che essendo di fatto prevalso si mostrava conforme ai bisogni sociali.

oggettiva la locuzione *dolo* accennante ad una condizione soggettiva non s'adatta per modo alcuno; sicchè la questione non può proporsi che in ordine al terzo [1]).

Però neppure per la designazione di tale elemento si raccomanda l'uso della parola *dolo*, perchè mentre esso è comune a tutti i reati, chi parla di *dolo*, suol riferirsi ad una divisione accolta da molte

---

[1]) Carrara *(Opuscoli,* vol. I, pag. 291 e seg.) voleva invece riferito il *dolo* alla volontà. Per procacciare alla sua tesi l'appoggio dell'autorità avvertiva, che i romani non avrebbero detto *sciens dolo malo,* perchè sarebbe stato un pleonasma (e la frase è appunto pleonastica, v. al vol. I, pag. 41, Ferrini), se il *dolo* consistesse nella coscienza. Ma nella facciata precedente aveva detto egli stesso, che presso i romani *dolo* significava artifizio: sicchè questa sua avvertenza mostra solo, come menti acutissime possano, quando sono dominate da preconcetti sistematici, scambiare con prove della verità delle loro opinioni cose, che non hanno nulla che fare colla questione, che li interessa. Non concludente però era anche l'argomento, col quale a lui pareva di dimostrare nel modo più evidente l'esattezza della sua terminologia. Alcuni, egli dice, ravvisano il *dolo* nella intenzione, altri nella coscienza, ma la coscienza è attributo del *dolo,* perchè mentre volontà e coscienza concorrono a formare il *dolo,* la volontà è elemento principale, e le va quindi riconosciuta qualità di soggetto. In realtà chi ravvisa il *dolo* nella intenzione e chi lo ravvisa nella coscienza attribuisce a questa parola un significato diverso da quello che le attribuiva Carrara, che dichiarava occorrente a costituirlo il concorso della volontà e della coscienza. Egli dà il nome di *dolo* al complesso degli elementi psichici del reato, mentre gli altri lo danno ad uno solo. Tale differenza di terminologia non presuppone diversità di opinioni intorno alla determinazione degli elementi richiesti alla integrazione del reato; anzi in tanto è ragionevole disputare sulla scelta dei termini più adatti ad esprimere un dato concetto in quanto già si sia d'accordo sulla determinazione di questo. Quindi affermare, che *dolo* è non l'intenzione di fare un atto illecito, o più propriamente la volizione di un atto illecito, non la conoscenza della illecità dell'atto voluto, ma la volizione di un atto conoscendone la illecità implica la pretesa di risolvere una questione sulla congruenza d'una parola al concetto, che si vuol esprimere, coll'attribuire senz'altro ad essa il significato, che si sostiene esserle proprio. Per la questione sulla convenienza di chiamar *dolo* o la volizione o la coscienza o la volizione cosciente riesce irrilevante, che solo quest'ultima rappresenti nella sua integrità un elemento comune a tutti i reati. L'equivoco nel quale Carrara rimprovera a Rosshirt (in mancanza d'una citazione precisa del passo nel quale Rosshirt vi sarebbe incorso io non saprei fino a qual punto il rimprovero sia fondato: non mi pare che lo sarebbe, se il Carrara si riferiva allo scritto *Einige Bemerkungen zur Lehre vom dolus. Neues Archiv des Criminalrechts,* vol. VIII, pag. 369-395) d'esser caduto, si riscontra precisamente in tutto il suo ragionamento, che si riduce a sostenere doversi chiamar *dolo* la volizione, o come egli dice, l'intenzione cosciente, perchè deve aversi la volizione cosciente, e non solamente la volizione o soltanto la coscienza per far luogo all'imputazione. Ma e perchè non potrebbe chi concorda con lui in questa opinione parlare di *dolo* cosciente o di volizione *dolosa?*

legislazioni [1]), ma non fortunatamente dalla nostra, e comunemente mantenuta finora nel campo scientifico, in base alla quale i delitti (riferendosi la divisione ad una classe e non alla totalità dei reati) *dolosi* si contrappongono ai *colposi*.

26. *Colpa* nel suo significato più generico indica qualunque fallo o mancanza, ed in questo senso tale parola si trova usata anche nel linguaggio giuridico, ad esempio nell'art. 1151 del codice civile. Ma di consueto la si adopera in un senso più ristretto, ed è quando ciò si verifichi, che costituisce il contrapposto di *dolo*.

Ad eliminare ambiguità sarebbe desiderabile, che si rinunziasse senz'altro nelle materie penali ad usare *colpa* in senso lato. Chi non annetta grande importanza alla purità, sotto il punto di vista filologico, del linguaggio potrebbe servirsi di *colpevolezza:* altri potrà usare altre espressioni, ma sotto il punto di vista giuridico parlare di *colpa,* quando si vuol genericamente alludere alla responsabilità penale in qualunque modo incorsa non è lodevole.

Il significato di *colpa* in senso stretto nelle materie civili non è costante, o se si vuole esprimersi altrimenti, la *colpa* intesa non genericamente come mancanza, ma come quella specie di mancanza che si contrappone al *dolo,* ossia alla mancanza commessa deliberatamente, si suddivide in varie specie, senza che neppure sia unico il criterio in base al quale si procede a distinguere l'una dall'altra. Infatti la *colpa* si divide ed in ragione della quantità (*colpa* lata, *colpa* lieve, e — la qual'ultima specie di *colpa* pare introdotta da errore degli interpreti — *colpa* lievissima) in ragione delle condizioni nelle quali si manifesta (*colpa* contrattuale, *colpa* extracontrattuale), in ragione del modo della sua valutazione (*colpa* in astratto, *colpa* in concreto) [2]).

Si tratta quindi di una parola, che se ha un valore tecnico, lo ha così difficilmente determinabile, da non potersi presumere, che il suo uso abbia a riescire molto proficuo pel penalista. Comunque anche riguardo ad essa bisogna incominciare dal distinguere ciò che è, e deve rimanere, questione di parole da quanto concerne la determinazione dei concetti, che si vogliono esprimere per mezzo di esse.

Quando parliamo di delitto *colposo* possiamo volerci riferire sia ad una legislazione positiva o ad una data opinione scientifica, sia

---

[1]) Un modello elaboratissimo ne dava il codice bavarese, che dedicava ben sette articoli (64-70) alla trattazione sistematica della negligenza.

[2]) V. intorno a queste divisioni la pregevole monografia del LUZZATTO sulla *Colpa (Materia civile)* ai nn. 9-12 del § 1 nel *Digesto italiano*.

alla effettiva ricorrenza in un determinato reato di elementi speciali, e che consiglino di distinguerlo dagli altri, formando una categoria a parte dei reati, nei quali tali elementi si abbiano a riscontrare.

Non tenendo distinta l'una ipotesi dall'altra, si va incontro ad una confusione, che impedisce di arrivare a qualsiasi soddisfacente risultato.

Il codice spagnuolo, ad esempio, all'art. 581 stabilisce, che chi per imprudenza temeraria compie un atto, che se fosse compiuto maliziosamente costituirebbe un delitto grave, incorra nella pena dell'arresto maggiore nel suo grado massimo estensibile a quella della prigione correzionale nel suo grado minimo, e nella pena dell'arresto maggiore nei suoi gradi minimi e nel medio, se il fatto costituirebbe un delitto meno grave: che chi con infrazione dei regolamenti commette un delitto per semplice imprudenza o negligenza incorra nella pena dell'arresto maggiore nei suoi gradi medio e massimo: che a queste pene si sostituisca quella immediatamente successiva alla pena comminata contro il delitto nell'ipotesi della sua perpetrazione maliziosa nei casi, in cui tale pena sia eguale o minore di esse.

Il toscano invece all'art. 35 stabiliva, che le violazioni colpose della legge penale non fossero imputabili, se non quando la legge medesima le avesse espressamente minacciate di pena.

Nell'imprudenza temeraria e semplice e nella negligenza del codice spagnuolo deve pertanto vedersi qualche cosa di essenzialmente diverso dalla *colpa* del codice toscano, non per la diversità delle parole rispettivamente usate dai due legislatori per esprimere il loro concetto (e d'altronde nei confronti fra leggi di diversi paesi le questioni di terminologia o sono senz'altro escluse dalla diversità dei rispettivi linguaggi od hanno una assai tenue importanza), ma per la diversità degli effetti rispettivamente inerenti alla constatazione dell'imprudenza e della negligenza in Ispagna ed a quella della *colpa* in Toscana.

Pel legislatore spagnuolo l'imprudenza legittima l'irrogazione di una pena, pel toscano la *colpa* salva da essa. Sicchè mentre nei paesi in cui prevale il primo sistema [1]) per parlare di imprudenza

---

[1]) Siccome poi in questi paesi il legislatore non si occupa della *colpa* solo per escludere i reati commessi col suo concorso dall'applicazione delle pene comminate contro gli autori dei reati analoghi commessi col concorso del *dolo*, ma se ne occupa ancora per determinare le pene applicabili a coloro, che per loro colpa hanno leso od esposto a pericolo un qualche interesse ritenuto meritevole di tutela penale anche contro alle violazioni non procedenti da deliberato proposito, può facilmente accadere, che del concetto generico della *colpa* come esclusiva del

agli effetti penali occorrerà, che sia messo in piena luce come l'evento, che si è verificato, avrebbe potuto evitarsi con un modo d'agire più circospetto, ove vige il secondo si dirà stabilita la *colpa*, quando sarà escluso, che il successo deplorato fosse dall'autore del fatto voluto come conseguenza della propria opera. Nel primo caso per non punire l'innocente si terrà principalmente conto d'un elemento positivo; nel secondo per non privare dell'esenzione dalla pena quelli, cui è stata concessa, si fisserà l'attenzione sopra una condizione negativa.

Anche se fosse usata dovunque (ipotesi che per lo meno nel linguaggio scientifico può dirsi corrispondente al vero) la parola *colpa* o quella che in ognuna delle varie lingue è l'esatta traduzione di essa, non sarebbe adunque per questo meno possibile la sussistenza d'una differenza radicale nella determinazione del concetto designato con tale parola.

Chi vive sotto l'impero d'una legislazione che ammetta la categoria dei reati colposi, dovrà pertanto volendo riescire preciso incominciare dal fissare gli elementi costitutivi della *colpa* a termini del diritto, ch'egli professa; chi imprende a render conto delle opinioni emesse sulla *colpa* nel campo della scienza, dovrà aver cura di raggrupparle a seconda del metodo tenuto dai singoli scrittori nella elaborazione di tale concetto; mentre poi chi espone il diritto positivo fissato da un codice, nel quale non figura la classe dei delitti *colposi*, non dovrà procedere a formarla per conto suo, se non in quanto si persuada, che la sua costituzione sia razionale e conduca

---

dolo si voglia far uso quando la sua constatazione ha per effetto l'irrogazione, e non l'esclusione, della pena. Ciò è di fatto avvenuto in Toscana (v. decisioni della Corte Suprema riferite a pag. 318 e seg. del vol. I del *Codice penale illustrato* del PUCCIONI), ma nella sua *Teorica del codice penale toscano* il compilatore di esso, quando ebbe ad occuparsi dei singoli reati colposi non mancò di dare una nozione della *colpa* diversa da quella datane, quando nella parte generale aveva proceduto alla distinzione fra i reati *dolosi* ed i *colposi*. Ivi (pag. 48) si era contentato genericamente di dire, che il delitto non è doloso, quando sia cagionato per una inavvertenza, onde l'agente si sarebbe potuto e dovuto guardare, ma parlando della lesione *colposa* (pag. 262) afferma, che *le lesioni leggiere cagionate da semplice negligenza debbono dare unicamente motivo di ripetere, in via civile, il risarcimento del danno,* ed il PUCCIONI (pag. 322), sebbene fondandosi su considerazioni generiche fatte dal MORI intorno alla inopportunità di *una soverchia esigenza nella imputazione delle violazioni colpose della legge penale,* affrontando direttamente la questione si dichiarava inclinato a risolverla nel senso, che la dizione generica dell' art. 35 non implicasse la incriminazione di ogni grado di *colpa* nei casi in cui la *colpa* era punita, e cioè che la *colpa* esclusiva del *dolo* non era la stessa cosa della *colpa* punibile.

od a meglio determinare le regole relative ai reati, che vi si comprenderebbero, o ad applicarle più agevolmente.

Lodando il codice prussiano, per la mancanza, che in esso si constata d'una definizione legale della negligenza, Mittermaier [1]) ricorda, approvandola, l'osservazione fatta da Goltdammer sulla facilità di segnare i limiti della *colpa* punibile dall'insù all'ingiù, e sulla difficoltà di segnarli dall'ingiù all'insù, sulla facilità cioè di distinguere la *colpa* dal *dolo* e sulla difficoltà di distinguerla dal caso fortuito.

Heffter [2]) francamente dichiarava non essere dal diritto comune determinato il grado della riflessione o cautela, che lo Stato esige da ogni persona soggetta al suo impero nella esplicazione della propria attività, e venir così a mancare la fissazione del punto di partenza della *colpa* punibile [3]).

In realtà nè si esigeva da tutti un medesimo grado di prudenza, nè alla determinazione del grado di prudenza a cui ognuno era tenuto si procedeva in astratto, in modo da potersi nell'affermazione della imprudenza prescindere dalla considerazione della qualità del danno prodotto dall'azione, la cui punibilità era in questione [4]).

E veramente se bisogna disconoscere un carattere essenziale alla amministrazione della giustizia penale per collegare la punizione, che colpisce chi ha prodotto un danno mediante un atto non compiuto colla volontà di produrlo, colla imputazione di questo danno, implicherebbe disconoscimento d'un altro carattere ad essa non meno essenziale il negare, che nella determinazione della sua punibilità abbia a tenersi conto della entità e della qualità di tale danno.

Colla pena si tende ad esercitare una azione sulla volontà umana, e perciò i fatti che dall'umana volontà non dipendono, non legittimano l'irrogazione d'una pena, ma questa azione si esercita allo scopo di tutelare interessi concreti, e quindi le azioni innocue e quelle non tanto nocive, da rendere sproporzionate al nocumento le sanzioni diverse da quelle penali, devono a loro volta sfuggire alla pena. Siccome poi il danno del quale si preoccupa il legislatore nel comminare

---

1) *Ueber den gegenwärtigen Zustand der Strafgesetzgebung* (*Archiv des Criminalrechts*, N. F., 1851, pag. 61 e seg.). Viene a questo punto ricordato il parere dato da SAVIGNY per la esclusione dal codice di siffatta definizione.

2) *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Brunswick, 1857, pag. 61.

3) Alla distinzione fondata sulla qualità della persona dava valore legale l'ultimo capoverso dell'art. 48 del codice sassone.

4) La distinzione fondata sulla qualità del reato veniva legalmente imposta dagli art. 68 e 86 della riforma Leopoldina (30 novembre 1786).

la pena, è un danno morale, e quindi sulla sua entità influisce l'elemento morale dell'azione, che lo ha prodotto, un fatto dipendente da cause puramente meccaniche non sarebbe capace per modo alcuno di generarlo.

I reati [1]) fra i cui elementi costitutivi figura l'esistenza nell'agente di una speciale intenzione od il possesso di una particolare cognizione non possono di lor natura venir perpetrati mediante un atto imprudente. Ma non tutti gli altri son tali, da essere ragionevole il punire chi per la sua sbadataggine ha senza volerlo prodotto il risultato o compiuto l'atto, che li costituisce.

La privazione della libertà personale per poche ore; l' apertura d'una lettera contenente auguri o genericamente notizie di carattere non confidenziale; la rottura dei sigilli apposti alla porta esteriore d'un locale, il cui accesso indipendentemente da essi sia interdetto da solide serrature, son tutti fatti che, per quanto insignificanti nei loro risultati materiali, possono assumere un valore giuridico rilevantissimo in quanto derivino dal pravo proposito di esercitare sul prigioniero un potere tirannico; di offendere i sentimenti di riservatezza del destinatario della lettera; di esternare il poco conto che si fa degli ordini dell'Autorità legittima. Ognuno per altro comprende, come escluso tale proposito venga meno anche ogni ragione per procedere penalmente contro chi per distrazione, sbadataggine od una qualunque altra delle forme nelle quali la negligenza può esplicarsi abbia prodotto uno di questi risultati. Nè del resto dovrebbe bastare a legittimare l'irrogazione d'una pena la circostanza, che la lettera altrui, aperta, perchè in quel momento non si badava a quel che si faceva (se la si fosse aperta, perchè la si riteneva propria, non sarebbe più il caso di chiedersi se l'apertura meriti di essere punita come imprudente, ma se possa essere imputata), contenesse segreti rilevantissimi, che a seguito dell'infrazione del sigillo prodotta da chi per curiosità stava provando quanto esso fosse solido, sia venuta meno la possibilità di accertare la identità fra le cose esistenti attualmente nel locale sigillato e quelle, che vi si erano lasciate al momento dell' apposizione dei sigilli, e che la relativa incertezza pregiudichi il corso d' una importante istruttoria [2]), ma l' ipotesi, che i

---

[1]) Son tali quelli previsti dagli art. 104, 106, 115, 117-120, 122, 123, 125, 126, 129, 131, 134, 135, 140, 142, 144 alinea, 145, 148, 149, 154, 156, 165, 166, 169-173, 181-183, 187-190, 194-197, 206, 210, 211, 212, 218, 224, 226, 235, 237, 238, 241, 244, 246-248, 252-255, 277, 299, 301, 307, 326, 331 alinea, 340, 341, 345-347, 364, 368, 383, 402, 406-410, 413-416, 422, 423, 458, 459, 491.

[2]) Quanto al primo degli esempi imaginati il prolungarsi della detenzione

risultati diretti di queste varie azioni siano di per sè di entità insignificante si è fatta per mettere in evidenza l'errore in cui cadrebbe chi pensasse, che a costituire il delitto concorra sempre una lesione effettiva ed immediata di interessi rilevanti, e che perciò sia opportuno salvaguardare tutti gli interessi tutelati dalla legge penale così dalle lesioni cagionate con un fatto diretto ad offenderli, come da quelle prodotte con un fatto compiuto con altro scopo.

Alla costituzione d'una classe non basta certo una condizione negativa, e quindi perchè i fatti, che si vogliono assegnare alla categoria dei reati *colposi*, meritino veramente di formare una classe speciale di reati, occorre, che oltre all'assomigliarsi tutti nello escludere dal loro autore la volontà di produrre il risultato, che fa diventar punibile il loro fatto, abbiano di comune un qualche elemento positivo. Tale comunanza dal lato soggettivo dovrebbe trovarsi, e vi si trova secondo l'opinione comune, nella qualità di tale fatto, ad esso attribuita dallo stato d'animo del suo autore, designata colla parola *colpa* usata nel suo senso positivo, che è precisamente quello, che poi non si sa come determinare. Ma essa dovrebbe da chi vuol mantenuta questa classe di reati, senza arrivare all' esagerazione [1]) di volerla far corrispondere per l' ampiezza alla classe dei reati costituiti da un fatto o da un evento voluto, contrapponendo così rispetto ad ogni reato la forma *dolosa* della sua perpetrazione alla forma *colposa* di essa, venir indicata anche dalla parte oggettiva, giacchè se non basta ad avere il concetto del reato colposo nei suoi elementi soggettivi sapere, che perchè esso si abbia occorre, che non si sia voluto l'evento per la cui verificazione si è puniti,

---

illegittima dipendente da dimenticanza od altra causa giuridicamente analoga e non dal proposito di privare il detenuto della sua libertà può avere per effetto di renderla incriminabile, e ciò in quanto essa abbia dato luogo alla morte o ad un nocumento nella salute del detenuto.

[1]) Dagli antichi scrittori la *colpa* fu considerata come causa di scusa, non come titolo di reato, e venne quindi trattata in modo generico ritenendosi, che si potesse ricorrervi qualunque fosse il reato imputato. Basta però rilevare, come rispetto ad alcuni reati (v. ad esempio pel reato d'incendio ANTON MATTEO, *Commentarius ad libros XLVII et XLVIII dig.*, Colonia, 1717, pag. 508) essa potesse condurre alla completa scriminazione del fatto per convincersi, che si trattava di una generalità, che non ha nulla che fare con quella, che alcune legislazioni del principio del secolo testè scorso (v. in proposito HEFFTER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Brunswick, 1857, pag. 62; FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1847, pag. 104 - nota di MITTERMAIER), infelicemente imitate dal codice spagnuolo, avevano per una erronea applicazione del metodo sistematico introdotta.

tanto meno basterà ad averne il concetto nei suoi elementi oggettivi sapere, che solo i reati, che non contano fra i loro elementi la ricorrenza di una speciale intenzione son suscettivi d'esser compresi fra i *colposi*, e che inoltre non vanno incriminati quando siano commessi col concorso della *colpa*, i fatti, che producono un danno diretto tenuissimo.

I reati, che contano fra i loro elementi costitutivi un evento non voluto dall'autore del fatto, sono nel nostro codice previsti agli articoli 109, 111, 151, 179, 180, 201 capov. 2°, 203 capov. 2°, 205 capov., 229 capov. 2°, 231 capov., 289 capov. 2°, 311, 314, 323, 371, 375, 383 capov. 1°, 386 capov.

Ora sia considerandoli sotto il punto di vista soggettivo, sia esaminandone il lato oggettivo non si riesce a trovare elemento positivo, che sia a loro comune, se si prescinde dagli elementi, che li caratterizzano come reati, e che si trovano quindi così in essi, come in ogni altro fatto punibile.

In cinque casi (art. 311, 314, 323, 371, 375) l'elemento soggettivo può indifferentemente consistere nell' imprudenza, nella negligenza, nell' imperizia nella propria arte o professione, o nella trasgressione di regolamenti, ordini o discipline, in quattro casi (art. 109, 201, 203, 229) può consistere nella negligenza o nella imprudenza; in un caso (art. 205) consiste nella negligenza, negli altri otto bisogna riferirsi alle circostanze del fatto per sapere in che cosa consiste.

Nè è a credere, che si tratti di elementi, che si equivalgano, e che si sia fatto cenno dell'uno piuttosto che dell'altro o di tutti insieme, anzichè soltanto di alcuni, o per evitare le ripetizioni ed introdurre varietà nel discorso nel primo caso, per ribadire tornando a ridirlo in altri termini il medesimo concetto, nel secondo.

Negligenza non è imprudenza: entrambe si distinguono dalla imperizia: tutte tre sono qualche cosa di diverso dalla trasgressione di regolamenti, ordini o discipline.

Il pubblico ufficiale cui dal regolamento sia imposto di tenere i disegni, cui si riferisce l'art. 109, nel proprio cassetto chiuso, non è nè negligente, nè imprudente, se invece li chiude nella cassa forte, di cui da un collega d'ufficio abbia ottenuto le chiavi, e dato che un ladro si diriga precisamente contro di questa, credendola piena di valori, non sarebbe giustamente condannato come responsabile della divulgazione dei disegni involati procedendo in base all'art. 109, mentre invece lo si dovrebbe condannare, se del suo fatto si dovesse giudicare secondo la formula dell'art. 311.

La definizione tradizionale [1]) della *colpa,* come volontaria omissione di diligenza nel calcolare le conseguenze possibili e prevedibili del proprio fatto, incomincia dal riescire poco chiara, perchè attribuendo la qualifica della volontarietà ad una omissione ci trasporta nel campo dei traslati. Chi spara senza curarsi di sapere prima con precisione, se in prossimità del bersaglio da lui scelto si trovino persone, che potrebbero essere ferite dal colpo, solo allora avrà volontariamente omesso d'essere diligente, quando alla sua mente si sarà presentato il pensiero della opportunità di far precedere tale indagine allo sparo. L'omissione, che non dipende dalla risoluzione di non fare, ma dal non essersi pensato alla opportunità di fare, non è volontaria, sebbene agli effetti giuridici possa pareggiarsi alla omissione volontaria, in quanto si ritenga, che l'inerte avrebbe avuta la possibilità di pensare alla opportunità di compiere l'atto omesso.

Ma prescindendo dalla forma, nella quale è concepita, questa definizione riesce intrinsecamente viziosa, perchè all'indicazione dell'elemento positivo, che caratterizza il fatto imputato, sostituisce una condizione negativa generica, vaga ed inetta a comprendere entro di sè tutti i casi, a cui la si vuol riferire. E siccome si tratta di casi, che sono in realtà eterogenei fra loro, bisogna cessare dall'affaticarsi invano a sottoporla a modificazioni, emende ed ampliazioni che riesciranno sempre inadeguate allo scopo, cui si mira, e rinunziare decisamente ad una impresa, che oltre ad essere inattuabile, non sarebbe idonea di sua natura a condurre ad alcun risultato d'una utilità praticamente apprezzabile.

L'imprudenza, la negligenza e l'attendere ad opere, nelle quali non si è esperti, costituiscono difetti assai affini fra loro, la nozione dei quali deve dal giurista richiedersi all'osservazione pratica della vita sociale, giacchè se son suscettivi di produrre effetti giuridici, non rappresentano per altro entità giuridiche create dalla volontà del legislatore o dalla elaborazione scientifica di principî desunti dallo studio del diritto positivo. Le definizioni, che se ne possono dare mentre non giovano punto a conferire al giudice, che ne sia privo,

---

[1]) Se ne suole attribuire la paternità al CARRARA, che per altro nel darla *(Programma,* Parte Generale, Lucca, 1871, pag. 70) usa precisamente una formula impersonale. Già il CARMIGNANI consigliava *(Iuris criminalis elementa,* Pisa, 1819, pag. 42) di accettarla (in latino essa era da lui formulata *voluntaria praetermissio, qua fit, ut agens intellectu minime utatur ad actionis suae cunctos possibiles legi contrarios effectus dignoscendos),* dichiarandola del KEMMERICH (il suo compendio di diritto criminale fu stampato la prima volta ad Iena nel 1733: ebbe una 2.ª ediz. nel 1777 a Francoforte).

quel senso d'accortezza pratica, che è indispensabile, per applicare le regole astratte ai casi concreti, o si riducono a mere tautologie o coartano indebitamente la libertà di apprezzamento del giudice. Ed invero ogni definizione giuridica desume la sua ragion d'essere soltanto dalla convenienza di impedire, che il giudice proceda per conto suo ad indagini dirette ad accertare la vera natura della entità definita, ed è utile specialmente quando le esigenze dell'ordine sociale impongono di sostituire una verità meramente formale alla verità materiale (art. 159 del codice civile). Ora nessun bisogno di questa specie si manifesta per fermo rispetto al giudizio relativo alla responsabilità incontrata da chi abbia cagionato un danno mediante un atto non compiuto allo scopo di cagionarlo. Quando il legislatore ha detto al giudice (art. 45), che questo atto deve anzitutto essere volontario, ed ha poi aggiunto nei singoli casi, in cui incrimina l'atto volontario produttivo di un danno non voluto, che esso deve manifestare un difetto di prudenza, di diligenza o di perizia, voler definire tali qualità frazionandole in gradi, pretendere di stabilire a quanto debba ascendere la deficienza, perchè si abbia l'imprudenza, la negligenza o l'imperizia penalmente imputabile è come proporsi di fissare il momento, in cui il mucchio di grano, dal quale si toglie successivamente un granello cessa di esser tale, e cessa di esser ben chiomata la testa, dalla quale si strappa successivamente un capello. E come inutile impresa sarebbe, vista l'impossibilità di fissare un tale momento indicando il numero dei grani, che devono rimanere accumulati, o dei capelli, che devono rimanere attaccati, cercar di giungere all'agognato risultato per altra strada, ed istituire dei computi basati sulla quantità di spazio, che occupa il grano, sulla sua sufficienza od insufficienza a dare della farina, ove sia introdotto nella macina, sulla superficie occupata dalla capigliatura, sulla attitudine od inettitudine sua a garantire la testa dal freddo, così sono destinati a rimaner vani gli sforzi tendenti ad escogitare un criterio [1]),

---

[1]) Col suo studio su *L'evento punibile* (Padova-Verona, 1898) STOPPATO si è sforzato di dimostrare, che (pag. 211) *l'evento dannoso e contrario al diritto è punibile, quando esso sia il prodotto immediato o mediato di un atto volontario dell'uomo, il quale atto, sebbene non rivolto a fine antigiuridico, si è esplicato con mezzi rivelatisi non normali all'idea del diritto.* Intanto questa sua definizione, che incomincia ad. avere il vizio di porre in prima linea l'evento dannoso, mentre in realtà ciò, che si imputa è il fatto, che l'ha prodotto, salvo poi a far luogo all'applicazione effettiva della pena all'autore di questo fatto, solo quando esso oltre ad essere ingiusto sia dannoso, lo conduce ad affermare (pag. 201 e seg.), che *se un tale facesse galoppare sfrenatamente il suo cavallo per farlo stancare, in un maneggio proprio deserto*

che permetta di dichiarare in quali casi si possa con giustizia imputare il fatto dannoso compiuto volontariamente, ma senza fine di nuocere, prescindendo dal ricorrere, per essere messi in grado di deciderlo, a quel retto senso pratico, che mette in grado chi ne è fornito di giudicare caso per caso, se si abbia o no il mucchio od una testa ben chiomata, ed alla mancanza del quale non potranno mai supplire le regole della logica e dell'ermeneutica legale. Nè è vero poi che chi cagiona un danno che non avrebbe voluto produrre, o si sarebbe astenuto dall'agire, se avesse previsto, che questo danno avrebbe potuto derivare dalla sua azione, od avrebbe agito, se avesse preveduto, che esso avrebbe potuto tener dietro alla sua inazione.

Quando anche fosse vero, la punizione di chi ha omesso di prevedere le conseguenze dannose del proprio fatto non può aversi per legittima [1]) se non da chi ritenga, che fra i doveri imposti all'uomo

---

e ben chiuso, e non lo frenasse neppure allora che un bambino d'improvviso riuscendo a penetrare, inaspettato venisse incontro, davanti alle sue gambe, non si potrebbe parlare di responsabilità, non solamente perchè mancava il nesso di causalità, stante la intromissione di un fatto altrui, ma perchè non può reputarsi contrario al diritto della vita altrui il fatto di far galoppare un cavallo nel proprio maneggio deserto e ben chiuso.... se potendo l'agente avesse frenato il cavallo, avrebbe compiuto un atto di pietà, a cui non era giuridicamente obbligato, come lo compirebbe un macchinista conduttore di una locomotiva, che andando a corsa regolamentare scorgesse essere gettato o gettarsi sul binario un tale (vittima di un'aggressione o suicida) e potendo fermasse la corsa, così che il disgraziato non perisse. Ora un criterio, la cui applicazione porta un giurista del valore dello STOPPATO a scambiare due omicidi volontari, il secondo dei quali potrà nei congrui casi essere esentato da pena, in quanto il macchinista allegasse, che fermando la macchina avrebbe esposta a repentaglio la sicurezza del treno, potendo sopraggiungerne un altro (nr. 3° dell'art. 49), mentre il primo è affatto inescusabile, per due atti leciti e giusti, non par destinato davvero a portar maggior luce nella materia della imputazione dei fatti dannosi non accompagnati dalla intenzione di nuocere, nè a semplificarla. Ma se non mi pare, che la definizione dello STOPPATO sia più accettabile di quelle, a cui la vuol sostituita, è per altro esatto e felice il pensiero fondamentale, al quale il suo lavoro si ispira, e se in alcune parti di esso egli, per quanto mi pare, si allontana dal vero, ciò dipende dalla intrinseca inattuabilità dell'impresa, a cui, obbedendo alle tradizioni scolastiche, che portano a voler sistematizzare anche le materie più ribelli a lasciarsi ordinare a sistema, si è voluto accingere.

[1]) Muovendo dalla illegittimità già dimostrata da ALMENDINGEN (nella sua dissertazione sul delitto colposo pubblicata nel 2° volume della *Bibliotek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde di* GROLLMANN e separatamente a Giessen nel 1804) della punizione di un difetto di previsione, che si riduce in sostanza ad un difetto intellettuale, STUBEL proponeva (*Ueber gefährliche Handlungen als für sich bestehende Verbrechen, Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. VIII, pag. 236-323) di incriminare le azioni costituenti la parte soggettiva del reato

dal fatto della convivenza sociale, in seno alla quale egli esplica la sua attività, vada compreso quello di non agire, se non quando si sia reso conto di tutti gli effetti possibili dell'azione progettata, e sia riescito ad escludere, che fra essi ve ne sia alcuno, che si concreterebbe in un risultato costituente la parte oggettiva di un reato.

Ora se tale dovere sussistesse, ben pochi sarebbero certo gli uomini, che potrebbero vantarsi di uniformare la loro condotta alle regole derivanti dalle esigenze del vivere civile, e questi non sarebbero per avventura fra i membri più attivi e migliori della società.

Se è da augurare, che si abbandoni finalmente il sistema di includere nella legislazione precetti e divieti [1]), di cui si sa colla più assoluta certezza, che non si potrebbe esigere l'effettiva osservanza senza esporsi ad inconvenienti gravissimi; quello di ricorrere, per spiegare le leggi, che ci governano, a presupposizioni non corrispondenti alla realtà delle cose, va senz'altro respinto, perchè non occorre essere muniti di poteri legislativi per farlo.

Chiunque maneggi armi da fuoco od a scopo di caccia o per esercitarsi al bersaglio, chi monti o guidi un cavallo, chi inforchi una bicicletta, chi diriga un automobile sa benissimo, che ad altri per quanto cauti ed esperti è accaduto di ferire od uccidere alcuno dandosi a quegli stessi esercizî, ai quali sta per accingersi. Ove ciò accada anche a lui, il giurista potrà benissimo sostenere, che egli non ha preveduta la possibilità di veder convertito in una tragedia il suo passatempo, onde non trovarsi costretto a dichiararlo meritevole di una pena pari o poco inferiore a quella, che colpisce chi per far pompa di destrezza e di petulanza lancia un sasso contro il capo

---

colposo come delitti per sè stanti. Ciò non sarebbe esatto, perchè tali azioni propriamente diventano punibili solo nel momento, in cui riescono dannose; ma esattissimo è per contro il sostituire all'imputazione del danno, che non è voluto, quella del fatto volontario, che lo ha prodotto.

[1]) L'art. 171, che commina un anno di reclusione, l'interdizione dai pubblici uffici e la multa al pubblico ufficiale, che per un atto del suo ufficio riceve una retribuzione, che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, in un paese nel quale fra gli ufficiali pubblici si comprendono i guardiasala ferroviari ed altri simili agenti, offre un esempio abbastanza rimarchevole di tale specie di disposizioni. In ispecie nel codice di procedura penale e nei molteplici regolamenti, che ci governano, se ne trovano senza durar troppa fatica parecchie, che sembrano dettate espressamente per eliminare il pericolo, che alcuno pensi sul serio a sradicare gli abusi, che esse si danno l'apparenza di voler reprimere.

di un viandante, che ne viene a morire [1]. Ma in questa sua esclusione della previsione per parte dell'uomo dedito agli esercizî pericolosi della possibilità di diventare il protagonista di uno di quei fatti luttuosi, cui non di rado tali esercizî dan luogo, il giurista si trova ad essere in una condizione analoga a quella, nella quale si trovava Don Ferrante, quando negava, che a Milano vi fosse la peste, per non essere costretto ad ammettere, che *in rerum natura* oltre alle sostanze spirituali, alle sostanze aeree, alle acquee, alle ignee, alle terree, alle sostanze composte ed agli accidenti trasportati o prodotti vi potesse essere qualche cosa d'altro, tra cui trovasse posto il contagio.

Non di rado accade, che si provochino eventi sinistri col non voler menomamente deflettere dalla via tracciata dalla legge del dovere: il rilascio o l'esecuzione di un mandato di cattura, la pronunzia di una condanna, l'irrogazione di un castigo disciplinare, e talvolta persino un rimprovero o la riprovazione di un allievo possono determinare al suicidio chi si trova ad esserne colpito. Per quanto i giuristi elevino a dovere la previsione delle conseguenze delle azioni, che abbiamo in animo di compiere, gli uomini, e ciò forse è una fortuna, ben spesso si ingannano, ove vogliano determinare quali saranno gli effetti del loro modo di agire, ed i più prudenti ed i migliori fra essi si contentano di fare ciò, che loro pare ben fatto, senza preoccuparsi troppo dei risultati, che saranno per derivare da quanto considerano come adempimento del proprio dovere. Quindi per lo più accadrà, che il giudice, l'agente della forza, il superiore, l'esaminatore siano dolorosamente sorpresi della sciagura, che hanno provocata, ed i più pietosi od i meno integri fra essi si augureranno di avere agito diversamente. Ma supponiamo, che la conoscenza del carattere dell'inquisito, dell'inferiore, dello studente e delle circostanze speciali, nelle quali egli si trova, permettano a costoro di sapere anticipatamente, che egli sarà determinato al suicidio dalla misura, che par loro doveroso di adottare a suo riguardo. Dovremo per questo dichiararli incorsi nel disposto dell'art. 370?

Non tutto ciò, che si prevede dover essere conseguenza del nostro operato è anche da noi voluto. Il chirurgo che sottopone il malato ad una operazione senza poter ricorrere a mezzi anestetici non vuole nella maggior parte dei casi farlo soffrire, sebbene sappia che risen-

---

[1] In base alle teorie comuni sul *dolo* e sulla *colpa* nell'uno si riscontrerebbe il *dolo eventuale*, nell'altro il *dolo alternativo* (GESSLER, *Ueber den Begriff und die Arten des Dolus*, Tübingen 1860, pag. 103).

tirà atroci sofferenze a seguito degli atti operativi, che ha risoluto di fare.

Ogni qualvolta l'atto produttivo del male, che da noi non sarebbe voluto sia tale, che la sua esecuzione rappresenti per noi un dovere, ciò non è malagevole a comprendere.

Ma ciò è altrettanto vero nei casi, in cui si tratta semplicemente di un atto, che abbiamo diritto di compiere, sebbene non ce ne corra l'obbligo.

Ognuno ha il diritto di ricrearsi nel modo, che trova più confaciente al suo temperamento ed alle sue abitudini, nè si possono legittimamente interdire quelle specie di ricreazioni, delle quali si sa, che possono essere causa di disgrazie.

Chi le sceglie è tenuto soltanto ad evitare, che le disgrazie possibili e previdibili si avverino, adottando quelle cautele, che la esperienza suggerisce, come è tenuto ad adottare le cautele suggerite dall'esperienza chi non per divertimento, ma per obbligo professionale attende ad opere pericolose.

L'utilità maggiore o minore dell' atto pericoloso potrà influire sulla determinazione delle cautele, da cui deve esserne accompagnata l'esecuzione, ma non basterà che si tratti di un esercizio pericoloso e non proficuo, perchè si abbiano ad addebitare al suo autore i disastri, che ne sono derivati, sotto il pretesto, che egli avrebbe potuto astenersene.

La maggior parte delle uccisioni e delle lesioni, che nella vita pratica si verificano per imprudenza, negligenza od imperizia penalmente imputabile hanno ben poca analogia col caso tipico del maldestro tiratore, che ferisce un uomo invece d' uccidere un capo di selvaggina, sulla cui analisi si suol fondare la teoria della *colpa*.

La sbadataggine nel maneggio delle armi da fuoco, la distrazione e la mancanza di sangue freddo in chi guida hanno prodotto certo un numero di vittime ben maggiore, che non l'omissione di diligenza nel valutare le conseguenze possibili dello sparo volontariamente eseguito.

Per poter parlar sempre in tutti i casi svariatissimi, che nella realtà delle cose si presentano, di un danno non previsto e che si sarebbe dovuto prevedere bisogna riferirsi ora all'atto immediatamente produttivo del danno, ora a quella serie di operazioni di cui questo atto fa parte: sempre sostituire supposizioni arbitrarie e poco verosimili alla constatazione diretta dei fatti.

Di chi vede sulla via, che sta attraversando con un cavallo del quale non è ben sicuro, una frotta di bambini, ed o si contenta di

mettersi a gridare in modo da impaurirli ancor maggiormente e procede o volta il cavallo precisamente da quel lato della strada verso il quale essi cercano di fuggire, si potrà dire, nel primo caso che egli non aveva previsto, che non sarebbero fuggiti, e nel secondo che non aveva previsto che per andare in carrozza senza storpiar la gente occorre farsi accompagnare da persone pratiche, se non lo si è ancora abbastanza. Ma non sarebbe molto più semplice e più razionale non occuparsi affatto delle sue previsioni, e giudicarlo in base all'esame oggettivo di quanto ha fatto o non ha fatto?

La previsione è un atto subordinato alle condizioni personali di chi la fa, essa riesce erronea o vera a seconda delle sue qualità e delle circostanze nelle quali vien fatta: nè quelle, nè queste possono modificarsi dalla volontà umana. Noi non possiamo giustamente rimproverare ad alcuno di non aver previsto ciò, che altri più prudenti avrebbero preveduto: bensì possiamo rimproverarlo per aver fatto ciò, che altri più prudenti si sarebbero astenuti dal fare. Molte volte la differenza si ridurrà ad una questione di parole, e sopra di essa quindi non sarà il caso di insistere, quando la fattispecie sia tale, che le formole si equivalgano. Ma non sempre le nostre azioni si coordinano alle previsioni nostre, e comunque, ciò di cui dobbiamo render conto alla giustizia è l'agire, e non il prevedere.

Chi ha ucciso un uomo per aver sparato senza prevedere di ucciderlo, va punito non per questa mancata previsione, ma per averlo ucciso. Siccome non lo avrebbe ucciso, se avesse potuto prevedere, che sparando lo colpiva, è facile equivocare nel determinare l'elemento, sul quale si radica l'imputazione, e l'equivoco riesce innocuo finchè noi procediamo ad amministrare la giustizia giudicando caso per caso in base alla osservazione diretta della fattispecie concreta. Ma quando poi vogliamo attribuire il valore di massima generale, alla stregua della quale vanno giudicati tutti gli altri casi contingibili, alla formola, colla quale spiegavamo la nostra decisione, allora dobbiamo prima di farlo accertarci e che sia logicamente corretta la costruzione logica, mediante la quale l'abbiamo stabilita e che il caso deciso abbia veramente carattere di generalità. Nè all'una, nè all'altra di tali condizioni risponde la formola della mancata previsione.

Bisognerebbe, che la previsione non potesse, come non lo può la volizione riferirsi contemporaneamente a due cose diverse, perchè fosse vera l'argomentazione, colla quale il Carrara [1]) esclude,

---

[1]) *Programma*, Parte generale, Lucca 1871, pag. 72.

che di chi pur avendo visto l'uomo, che poi viene da lui colpito, esplode egualmente l'arma per non lasciar fuggire la fiera, che è prossima a lui, possa dirsi, che ha preveduto di colpirlo. Ma se la previsione d'un avvenimento, come certo, esclude, che si preveda il verificarsi d'un avvenimento contrario, la previsione d'un avvenimento come probabile implica anzi quella d'uno o parecchi altri avvenimenti contrarî a quello, e che similmente si considerano come probabili. Basta che si possa escludere, che egli lo abbia voluto uccidere, perchè si debba imputarlo di uccisione commessa per imprudenza e non di omicidio volontario: la previsione non va identificata colla volizione.

La volizione si attua col concorso dell'intelligenza, a mezzo della quale la previsione si effettua, ed il suo oggetto coincide con quello della previsione, quando si tratti dell'esecuzione di atti, che all'agente sembrino suscettivi di dare un unico risultato. Egli allora eseguirà l'atto, se desidera la produzione di questo risultato, si asterrà dallo eseguirlo, se non la desidera. Propriamente però anzichè di unicità di risultato in senso assoluto, si tratta di unicità di risultato avente valore per l'agente, di unicità in senso relativo. Ogni atto implica per lo meno l'esplicazione di una forza più o meno rilevante, e quando questa per chi deve compierlo assuma l'importanza d'uno sforzo apprezzabile, si avrà subito un altro risultato, del quale si terrà conto nel decidere se sia o no il caso di agire. Quando affermiamo, che non si sarebbe sparato, se si fosse preveduto di ferire un uomo, supponiamo pertanto, che questo risultato assuma per l'agente un valore negativo preponderante al confronto del valore positivo, che hanno per lui tutti gli altri risultati possibili dello sparo. Questa supposizione corrisponderà al vero, se l'agente non sia destituito di sentimenti morali; siccome però non tutti gli uomini ne sono forniti, non riescirà vera sempre.

Se noi assumiamo per apprezzare la condotta di costui il criterio della prevedibilità, dovremo proporzionare la pena alla probabilità del ferimento, e dato che una così notevole deviazione del colpo dal bersaglio mirato, quale si è in realtà verificata, dovesse apparire assai poco probabile, dovremo infliggergli una pena minore di quella, che applicheremo a chi per rinfrancare un ragazzetto stanco o spaventato gli faccia bere una bottiglia di *cognac*.

Certo una azione è tanto più imprudente, e quindi tanto più punibile, quanto maggiori sono le probabilità che abbia a riescir dannosa; ma a determinare il grado della imprudenza e della punibilità razionalmente deve in proporzione più notevole, che non quello

della prevedibilità del danno concorrere il coefficiente del valore intrinseco di essa.

Quando l'utile, che ci ripromettiamo dall'esecuzione di una azione è scarso e quasi nullo, noi siamo tanto maggiormente tenuti ad astenerci dallo eseguirla, se vi sieno probabilità, sia pure tenui, che essa abbia invece di quel poco di bene, che ce ne aspettiamo, a produrre del male. E nel decidere, se a questo dovere siasi o no trasgredito, e quale sia l'entità della trasgressione, dovremo ancora badare alla entità del sagrifizio, che ci saremmo imposti rinunziando ad eseguirla, e non trattare alla stessa stregua, chi per non perdere l' occasione di un colpo, che avrebbe potuto a poco intervallo di tempo presentarsi nuovamente, ha sparso il sangue umano, di chi sebbene sapesse, che portando armi cariche si può involontariamente ferire od uccidere, non ha saputo decidersi a rinunziare in modo assoluto all' esercizio della caccia, ed ha poi ucciso un compagno, per non avere provveduto a scaricar l'arma od a metterla in posizione di sicurezza sia nel fare un salto, sia nell'attraversare una macchia.

È specialmente quando il danno cagionato dipende da una omissione che apparisce la erroneità e l'inconcludenza pratica del criterio della prevedibilità. Ognuno può prevedere, che se non si arresta un cavallo, che stia per arrivare in un punto nel quale si trova chi o per l'età o per altra causa non è in grado di scansarlo è facile, che questo disgraziato ne resti travolto: ciò è inevitabile, quando anzichè di un cavallo si tratta di un mezzo di trasporto meccanico. Anzi è quasi certo, che l'inesperto guidatore lo prevedeva anche lui nel momento precedente alla disgrazia, sebbene ciò non voglia ammettersi dal giurista, che si troverebbe imbarazzato allora ad esimerlo dalla pena comminata contro i colpevoli di omicidio volontario. Ma la previsione, che succederà una catastrofe, se non si compie un dato atto, non basta sempre a dar l'energia e la capacità di compierlo: invece ben di frequente essa serve solo a togliere ogni forza di agire. In questi casi perchè il parlar di previsione abbia senso, bisogna riferirsi non all'atto singolo, ma alla totalità dell'azione, addebitando al feritore involontario l'assunzione di una impresa impari alle sue forze.

Mentre però è agevole il decidere, se realmente il feritore è stato imprudente, negligente od abbia dato prova di non possedere sufficiente perizia, quando si esamini l'atto produttore del disastro in sè stesso e riferendosi alle consuetudini della vita pratica e non a massime generali; altrettanto difficile diventa l'impresa quando si ricorra alla teorica della prevedibilità.

Imperocchè se noi dovessimo astenerci da tutte le azioni, dalle quali prevediamo o, come con assai maggiore esagerazione si vuole dai fautori di questa teorica, potremmo prevedere, che altri abbia a poter risentire nocumento, la nostra libertà si troverebbe singolarmente limitata, e non solo dovremmo rinunziare a tutti quegli esercizî, che sebbene pericolosi, alla società interessa siano da molti coltivati, perchè è per mezzo di essi, che si preparano generazioni forti, coraggiose e laboriose, ma anche dovremmo abbandonare la totalità delle industrie, che formano il nostro vanto e son la fonte del nostro benessere, chiedendo solo all'agricoltura esercitata senza il sussidio delle macchine, e ad altre poche arti simili egualmente non pericolose, i mezzi del nostro sostentamento.

La giustizia penale non deve chieder conto all'uomo delle sue previsioni, ma delle sue azioni: il male, che avremmo potuto prevedere o che abbiamo preveduto di poter cagionare compiendo un atto od astenendoci dal compierlo, può rendere socialmente dannoso e quindi punibile questo atto o questa omissione, ma è l'atto o l'omissione, che deve imputarsi nei congrui casi, e non il male involontariamente prodotto.

Il legislatore deve, per quanto può, provvedere [1]) a regolare l'esplicazione di quelle forme dell'umana attività, nelle quali più facilmente essa può riescire pericolosa, per modo da renderne conciliabile l'esercizio col rispetto dovuto alle esigenze della sicurezza dell'altrui integrità personale, ed in quanto lo abbia fatto più non sarà il caso di disputare sulla intrinseca ingiustizia dell'atto contrario alle norme stabilite, e non resterà che procedere all'accertamento del nesso causale fra la trasgressione commessa ed il danno, che ad essa ha tenuto dietro. Ove non soccorrano regole fissate dal diritto positivo, si dovrà ricorrere a quelle stabilite dalla consuetudine, dichiarando imprudente o negligente chi ha fatto od omesso di fare, quanto dalla generalità delle persone sensate, che si trovano in analoghe condizioni si suol non fare o fare.

È sulla formazione di questi usi, che avrà influito la previsione degli effetti dell'atto o dell'omissione della specie dell'atto o dell'omissione, di cui si tratta di giudicare. Ma come ad ogni singolo furto il giudice non si domanda, se esso costituisca un'azione social-

---

[1]) Ciò si fa di consueto per via di regolamenti, ma abbondano nel nostro diritto le prescrizioni d'indole legislativa nel senso stretto della parola intese a tale scopo, e se ne trovano parecchie (art. 462, 466, 467, 468, 469, 473-477, 480-482) nello stesso codice penale.

mente dannosa, e condanna sebbene si tratti della sottrazione di un libro commessa da uno studioso a pregiudizio di chi non sapeva leggere, e non voleva imprestarlo ad altri, e come se alcuno venisse imputato di aver bestemmiato, la convinzione del giudice, che la bestemmia costituisca un fatto socialmente dannoso non varrebbe a legittimare la sua condanna, così ad ogni singola imputazione di un fatto imprudente o negligente si deve anzitutto ricercare, se esso costituisca una deviazione dalle norme di procedere, a cui sogliono uniformarsi le persone prudenti, e solo in difetto di una consuetudine accertata ed attendibile, il giudice dovrà ricorrere al suo personale criterio, per decidere, se al fatto compiuto dall'imputato convenga la qualifica di imprudente o negligente, facendo rientrare nell'imprudenza l'assunzione di opere, nelle quali non si sia abbastanza esperti, e fondandosi per emettere la sua decisione non solo sulla considerazione della probabilità maggiore, che al momento dell'esecuzione del fatto vi era, che esso potesse riescire nocivo, ma anche e principalmente su quella della qualità dello scopo, pel quale esso veniva compiuto o degli ostacoli, che si dovevano superare per agire, se il fatto imputato sia di omissione, essendo l'imprudenza e la negligenza costituite ad un tempo e dalla intima pericolosità dell'azione o dell'omissione e dalla frivolezza delle ragioni, per cui si è agito o si è tralasciato d'agire. Ed anche la natura del bene giuridico leso di fatto, e che era posto in pericolo mediante l'esecuzione dell'atto incriminato può influire su questa decisione, sebbene sia specialmente nel campo legislativo, che essa esplica la sua influenza, e col sottrarre a pena quelle fra le azioni imprudenti, che hanno leso interessi, che al legislatore non parve di dover penalmente tutelare anche contro l'imprudenza e col rendere più o meno esteso e quindi più o meno facilmente verificabile in concreto l'elemento soggettivo del reato.

Al difetto pertanto di un elemento oggettivo comune a tutti i reati, che si sogliono chiamare *colposi*, fa riscontro quello di un elemento soggettivo unico ed identico in tutti, sicchè conviene rinunziare al pensiero di raggrupparli in una sola classe, e tanto più a quello di considerare la *colpa* come una causa di scusa comune a tutti reati, e definibile quindi nella parte generale, mentre per contro i difetti, a cui con questa parola si accenna, e che sono molteplici, imprimono carattere criminoso ai fatti, nei quali essi appariscono. E sebbene la loro criminosità non sia eguale a quella, che si riscontra nei fatti, per mezzo dei quali si esplica la volontà di nuocere, non la si può considerare come una parte od un grado di essa. Si tratta di elementi diversi, che vanno debitamente valutati nella parte spe-

ciale, e non possono essere valutati astraendo, come deve farsi nella parte generale, dalla qualità specifica del fatto, nel quale si esplicano. Nè alla parola *colpa,* nè alla frase delitti *colposi* si dovrà attribuire un valore tecnico, ma chi voglia continuare ad usarle, e talora può riescire comodissimo, non potrà giustamente riferirsi se non a quel significato, che esse hanno nel linguaggio comune; e per *colpa* si intenderà non una frazione di un elemento soggettivo, che in alcuni reati si trovi integro, non un elemento soggettivo definito dal legislatore o definibile dalla scienza, ma genericamente uno stato d'animo esclusivo della volontà di nuocere ed inclusivo di quella di fare atti interdetti dalla prudenza, ometterne altri imposti dalla diligenza, di assumere compiti superiori alle proprie forze, di assumere il proprio capriccio anzichè la volontà legislativa a norma direttiva dell'esplicazione della propria attività, e i delitti *colposi* saranno quelli costituiti da fatti incriminati a cagione d'uno di questi vizî.

27. Ma venuto meno uno dei termini del contrapposto, non è più il caso di pensare a servirsi dell'altro, e quindi similmente e di *dolo* e di delitti *dolosi,* si potrà parlare solo riferendosi al significato, che nell'uso volgare è proprio di queste parole, giacchè se si possono contrapporre i delitti commessi con frode a quelli perpetrati altrimenti, non solo delitti, ma reati in genere, che si commettano senza il concorso della volizione e della consapevolezza della illeceità del fatto voluto, non ve ne sono. Il chiamar *dolo* la riunione di tali elementi non darebbe luogo ad inconvenienti, quando si fosse tutti d'accordo nell'attribuire questo significato a tale parola, e non si equivocasse intorno ad essa, come comunemente si fa, ora assumendola in quel senso generico, ed affermando quindi, che senza *dolo* non vi è reato, ora attribuendole un senso più limitato, e per lo più fantastico, in quanto la si riferisce ad uno speciale stato d'animo, che di consueto consiste nella ricorrenza di una determinata intenzione, che o veramente si richiede, o del quale arbitrariamente si afferma che si richieda, a costituire un qualche speciale reato, e pretendendo quindi di scriminare il fatto per la mancanza del *dolo.* Certo appunto per evitare la possibilità di simili malintesi, e perchè non v'è nessun bisogno di servirsi della parola *dolo* anzichè della frase non molto più lunga, ed assai più chiara e precisa, *volizione cosciente,* sarebbe assai meglio farne a meno. Chiamar *dolosi* i delitti nei quali si riscontra l'elemento della volizione cosciente non ha senso, perchè questo elemento non può mancare a reato alcuno.

CAPITOLO III.

Limiti della imputazione penale.

28. Se una volizione cosciente è condizione dell'imputazione, questa non si potrà estendere oltre i confini della scienza dell'agente.

La scienza è esclusa così dal difetto d'ogni nozione intorno ad un dato punto, come dal possesso d'una nozione falsa, ma agli effetti dell'imputazione non è il caso di distinguere l'ignoranza dall'errore, perchè sia questo, che quella hanno egualmente per risultato di esporre chi ne è affetto a compiere fatti che non avrebbe compiuti, ove avesse avuta conoscenza esatta del vero stato delle cose.

Una distinzione deve farsi per contro fra gli oggetti, ai quali l'errore o l'ignoranza si riferiscono.

Il fatto ignorato, o del quale si aveva un falso concetto può rappresentare nella figura criminosa un elemento essenziale: esso può concorrere soltanto a modificare sia in senso di aumento sia in senso di diminuzione l'entità del reato: esso può finalmente non rientrare nel novero delle circostanze, che a termini della legge costituiscono od un estremo di un reato od una causa di aumento o di diminuzione della pena.

29. L'errore e l'ignoranza relativi a fatti di quest'ultima specie non hanno rilevanza giuridica.

Se Tizio uccide Caio, perchè crede, che egli abbia fatto un testamento, col quale lo istituisce erede, mentre in realtà o lo ha a proprio danno ingannato, quando lo ha persuaso d'averlo fatto, od ha redatto un atto sprovvisto dei requisiti occorrenti, perchè si possa in esso ravvisare un testamento, e che non avrebbe quindi avuta efficacia, anche se il delitto di Tizio fosse rimasto ignorato, ognuno comprende assai agevolmente, come costui non meriti scusa, per essersi inutilmente reso omicida. Anzi deve dirsi, che ogni reato è frutto dell'errore, quando noi facendo astrazione dai fatti costitutivi del reato o modificativi della sua entità ci riferiamo ai motivi di esso; poichè giusto motivo di delinquere non può esservi mai. Chi non erra intorno ai fatti, dai quali trae incitamento a delinquere, erra nella loro valutazione.

Tuttavia allorquando l'errore abbia avuto per effetto di far apparire o doveroso o moralmente non riprovevole o meno riprovevole di quanto è effettivamente il fatto costituente reato, può parere, che esso valga ad escluderne od a scemarne la punibilità.

Anteriormente alla legge 30 giugno 1876 modificativa dell'art. 299 del codice di procedura penale si era ripetutamente verificato il caso [1]), che persone chiamate a deporre come testimonî si rifiutassero a prestare il giuramento, che doveva precedere la loro escussione, allegando di non professare alcun culto diverso dal cattolico e di non potere coscienziosamente giurare nella forma stabilita per i cattolici, perchè col mettere *la mano destra sovra i santi evangeli* avrebbero contrariamente alle loro convinzioni riconosciuto trattarsi di libri di origine divina. In analoga condizione si troverebbe chi ad esempio si rifiutasse a prestare il servizio militare, perchè pensasse che all'uomo non sia lecito in caso alcuno spargere sangue umano o, come ai nostri giorni più facilmente potrebbe avvenire, perchè credesse, che l'esercito sia istituito per impedire al popolo la rivendicazione dei suoi diritti, e che il prestarsi a farne parte equivalga quindi ad

---

[1]) Nel *Codice di procedura penale commentato* da BORSANI e CASORATI, vol. IV, Milano, 1879, pag. 390 e seg. si riferiscono alcune sentenze, colle quali si prosciolsero in omaggio alla libertà di coscienza i processati pel rifiuto. Ivi pure si ricorda, come le Cassazioni di Torino, di Firenze e di Roma si pronunziassero invece per la condanna. Ed una sentenza della Cassazione di Torino del 12 marzo 1874 nel senso della condanna si trova riferita al vol. I, pag. 204, della *Rivista penale:* ivi ne vien ricordata altra nello stesso senso e della stessa Corte del 29 gennaio 1873, che si dice riferita dalla *Legge,* vol. XIII, pag. 305. Nel *Diritto positivo penale italiano* del MEL, Napoli, 1881, pag. 686, se ne ricorda una della Corte di Lucca del 14 novembre 1868, che prosciolse l'imputato dicendo coatto e non volontario il suo rifiuto. E CARRARA (*Programma,* parte speciale, Prato 1890, vol. V, pag. 286) la ricorda egli pure approvandola. Però ciò che egli in via principale sostiene si è, che chi allega di non poter giurare nella forma prescritta, debba essere ammesso a giurare altrimenti, ed in ciò ha perfettamente ragione, ed in questo senso era già stata risoluta la difficoltà dalla Cassazione francese, dalla Corte di Bordeaux e dalla Cassazione di Torino colle rispettive sentenze del 28 maggio 1800, 14 marzo 1809 e 28 marzo 1810, ricordate nel vol. XXVIII, parte 3ª, pag. 142 della *Giurisprudenza italiana.* In coerenza a questa giurisprudenza si potrebbe giuridicamente prosciogliere chi si è rifiutato a giurare, dichiarando, che egli non si è già rifiutato a fare ciò, a cui secondo la legge era tenuto, ma quello a cui l'erronea interpretazione data alla legge dal magistrato innanzi al quale si svolse il giudizio provocatore del rifiuto lo voleva tenuto. Ma come di libertà di culto non si può parlare se non in quanto ci riferiamo a culti, che non impongano atti o cerimonie in opposizione alle norme, che lo Stato ritiene debbansi rispettare dai cittadini, così di libertà di coscienza non si dovrebbe parlare, se non riferendosi a opinioni, che non conducano alla perpetrazione di un reato. Ed il dire poi colla Corte di Lucca coatto e non volontario il rifiuto ad eseguire un atto imposto dalla legge, quando dipenda da opinioni religiose, equivale ad esautorare lo Stato di fronte all'autorità religiosa, che nel caso concreto poi — trattandosi di opinioni antireligiose — è rappresentata dallo stesso giudicabile.

associarsi agli oppressori; e senza moltiplicare inutilmente gli esempî basterà ricordare come alla diffusione della religione cristiana abbia potentemente contribuito quella prova di viva fede nella verità delle sue dottrine, che i martiri davano col rifiutarsi [1]) a compiere atti imposti sotto le più gravi comminazioni penali solo perchè l'esecuzione di questi ripugnava alla loro credenza.

E di proposito includo questo esempio fra i casi, che forniscono materia d'applicazione della teorica dell'errore per escludere ogni possibilità di equivoco intorno alla portata delle considerazioni, che sarò per svolgere.

Imperocchè se nessuna fra le istituzioni sviluppatesi fra gli uomini manca di avversarî, l' opinione che la religione cristiana sia stata un prezioso fattore di incivilimento ha per lo meno un consenso larghissimo, ed anche quei pochi, che pensano doversi attribuire la rigenerazione morale, che tenne dietro alla sua diffusione a cause diverse da essa, e che avrebbero senza di essa dati forse frutti più pronti e migliori, difficilmente potrebbero sottrarsi ad un sentimento di ammirazione verso coloro, che sparsero il loro sangue per restarle fedeli nell'ora del pericolo.

L'affermazione di Feuerbach [2]), che il giurista, come tale, sta sotto alle leggi e non sopra di esse, a me pare l'unica salvaguardia possibile contro la confusione, l'arbitrio e l'anarchia. Chi nega col Carrara [3]) al legislatore il potere di incriminare gli atti prescritti dalla legge morale e religiosa, deve anche, se vuol dir qualche cosa di scientificamente preciso, e non contentarsi di emettere una di quelle solite inconcludenti proposizioni dogmatiche, che dagli spiriti superficiali si scambiano tanto facilmente colle verità dimostrate, e delle quali ad onta della solidità del loro ingegno son costretti a servirsi talora quelli, che della logica si servono non per interpretare correttamente i fatti osservati, ma per conferire valore oggettivo alle proprie opinioni individuali, indicare chi abbia il potere di erigersi ad interprete autorevole della legge morale e religiosa. Di legislazioni civili in un dato paese ed in una data epoca non ve ne può essere che una sola; di legislazioni religiose ve ne saranno tante quante saranno le religioni professate in quel tempo ed in quel

---

[1]) Come in tale rifiuto e non nella professione d'una religione diversa da quella romana si sostanziasse il reato addebitato ai cristiani, v. al vol. I, pag. 344 e seg. (FERRINI, *Esposiz. stor. e dottr. del diritto pen. romano*).

[2]) *Revision der Grundzätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt, 1799, parte 1.ª, pag. 180.

[3]) *Programma*, Parte generale, Lucca 1871, pag. 33.

luogo; delle legislazioni morali sarà difficile precisare il numero, perchè esse non sogliono codificarsi. Dovremo dichiararle tutte egualmente meritevoli del più alto rispetto e tutte egualmente superiori alla legge civile? Dovrà questa dichiarazione riferirsi alle legislazioni religiose e morali esistenti di fatto in un dato luogo ed in un dato tempo, e basarsi sull'esame intrinseco delle relative disposizioni? Ma allora è in definitiva il privato giurista, che viene ad essere superiore alla legge religiosa, alla legge morale ed alla legge civile. Dovremo invece prescindere da ogni esame del loro contenuto, come quello che presuppone in chi vi proceda autorità a decidere sul valore della cosa esaminata e dichiarare, superiore alla legge ogni e qualunque precetto formulato da ogni e qualunque capo d'una religione qualunque o professato da qualunque individuo come derivato da un sistema di morale, che a lui par buono?

Chi abbia la sventura di vivere sotto l'impero di leggi, la cui osservanza ripugni alla sua coscienza, farà bene, se si rifiuterà alla loro esecuzione come uomo privato, e farà ottimamente, se essendo rivestito di pubblico ufficio si affretterà ad abbandonarlo; ma mentre in linea di fatto è difficilmente concepibile, che chi esercita, malamente quanto si voglia, il potere legislativo, non abbia forza sufficiente per imporre ai suoi sottoposti l'esecuzione dei suoi voleri ed avendola non se ne valga, in linea di diritto l'abuso, che dal legislatore si faccia dei suoi poteri potrà bensì legittimare il desiderio, che i poteri legislativi abbiano ad essere conferiti ad altre persone, ma non sarà sufficiente ad autorizzare chiunque si creda dotato di senno superiore a quello del legislatore attuale ad assumere di sua iniziativa le funzioni legislative. E funzione legislativa è indubbiamente quella della abrogazione delle leggi, e non altro che abrogazione della legge è dichiararla destituita di forza obbligatoria a causa della sua contrarietà alla legge morale e religiosa.

Sicchè l'esercizio delle funzioni giudiziarie implica logicamente la convinzione, che la legislazione vigente, se pur sarà in qualche parte come tutte le cose umane suscettiva di emende e di miglioramenti, è per lo meno tale da poter esser rispettata da un uomo onesto. Quindi la persuasione ingeneratasi nell'autore di un fatto costituente reato, d'avere adempiuto ad un dovere eseguendolo, va sempre ed in ogni caso dal giurista riferita alla teorica dell'errore, perchè quando egli pure condividesse tale opinione, dovrebbe intralasciando gli studî giuridici, che tendono così ad assicurare una normale e razionale esecuzione delle leggi vigenti, come a promuovere una buona redazione delle leggi future, ma non valgono ad

indicare un rimedio contro le leggi cattive, adoperarsi, unendosi ai migliori fra i suoi concittadini, per far trasferire il potere legislativo a persone più degne.

La constatazione di tale errore nell' animo del giudicabile può svegliare nell'animo del suo giudice sentimenti di pietà od anche di simpatia. Chi essendo persuaso di far opera buona rubando ad un ricco per donare ad un povero, od ingiuriando e diffamando un malvagio prepotente, ruba, ingiuria e diffama è uomo moralmente migliore di chi condivide il suo errore, ma si astiene dal rubare, dall'ingiuriare e dal diffamare, per non essere punito. E d' altronde la perpetrazione del reato e rispettivamente l' astensione da esso non possono di regola generale assumersi come indice sicuro d'immoralità e di moralità anche prescindendo dai casi, in cui il delinquente sia stato spinto a diventar tale dalla erronea convinzione, che l'azione legalmente punibile fosse moralmente encomiabile. Nè il furto manifesta più chiaramente l'intenzione di vivere a spese d'altri di quanto lo faccia la conclusione di molti contratti, coi quali una delle parti si assicura strabocchevole guadagno a spese dell' altra, sebbene per riescirvi abbia dovuto soltanto o prevalersi senza scrupolo della forza, che le assicura la sua superiorità economica, o profittare di un errore non cadente sulla sostanza della cosa, che forma l' oggetto del contratto, o ricorrere a raggiri non abbastanza avviluppanti, perchè possa dirsi, che senza di essi il contratto non si sarebbe fatto; nè l'adulterio implica un maggior sacrifizio dell' altrui tranquillità allo sfogo della propria libidine di quanto lo facciano molte fra le relazioni sessuali, che si contraggono con donne non vincolate a matrimonio e d'età superiore agli anni sedici, che a causa di esse si vedono preclusa la via ad ogni onesto collocamento; nè l' omicidio estrinseca sempre una ferocia maggiore di quella, che può apparire da certe sistematiche persecuzioni, colle quali si amareggia l'esistenza di chi abbia avuta la sventura di attirarsi il loro odio o la loro invidia da uomini perversi e potenti, che intralciano ogni sforzo, che da questo disgraziato si faccia, per ricavare condegno frutto dalle sue incessanti fatiche.

Le leggi in generale tendono a regolare nel miglior modo possibile i rapporti fra gli uomini nel loro complesso, e non a dettar norme, che nella loro applicazione pratica possano in ogni singolo caso riescire perfettamente adeguate in ogni singola parte di esso al rapporto, che regolano. Le leggi penali in ispecie mirano ad incriminare le azioni, dalle quali l'esperienza pratica ha dimostrato, che la sicurezza della società civile ha maggiormente a temere, e non a

designare alla riprovazione generale i più perversi ed i più pericolosi fra gli uomini. Ed è perciò, che le osservazioni fondate sul contrapposto dei segni esteriori presentati rispettivamente dai condannati (la cui reità poi se giuridicamente si ha per accertata, dovrebbe essere ai fini scientifici rigorosamente constatata caso per caso) e dalla popolazione libera, incominciano dall'esser fondate sopra una base malferma e poco scientifica, perchè presuppongono e tendono a spiegare una diversità psichica, che è assai lungi dall'essere positivamente stabilita.

Anche lo scopo, al quale è indirizzata un'azione, può assumere valore giuridico. Ma è ufficio del legislatore dichiarare in quali casi ciò si verifichi. E quando il legislatore abbia o dichiarata non punibile l'azione compiuta per raggiungere un determinato scopo, come ha fatto rispetto a quella compiuta per salvare sè od altri da un pericolo grave e imminente alla persona, al quale non si era dato volontariamente causa, e che non si poteva altrimenti evitare (articolo 49, n. 3); o dichiarata più mitemente punibile l'azione diretta a raggiungerne un altro, come ha fatto per quella tendente a sfogare l'ira o l'intenso dolore determinato da ingiusta provocazione (art. 51); o subordinata la punibilità di una azione alla condizione, che essa sia compiuta per realizzarne un terzo, come ha fatto riguardo allo scopo di lucro, che deve ricorrere affinchè l'impossessamento della cosa mobile altrui costituisca il delitto di furto (art. 402), allora chi abbia per errore compiuta un'azione inetta [1]) alla consecuzione d'uno

---

[1]) CARRARA sostiene (*Programma,* Parte speciale, vol. I, Lucca 1868, pag. 402 e seg.), che si debba parlare d'errore cadente su circostanza fornita di valore giuridico anche quando l'errore sta non nel credere erroneamente verificata quella condizione di fatto, alla quale il legislatore ha tale valore attribuito, ma nell'attribuire lo stesso valore ad una circostanza diversa. Nel testo del § 1289 dice, che *la provocazione vuol essere valutata soggettivamente... Purchè la non sia irragionevole del tutto e bestiale, anche la credulità erronea di aver patito un oltraggio, di avere ragione di temere imminenti percosse o danni nella persona, deve nei congrui termini valutarsi.* E nella nota 2 poi riferisce la decisione pronunziata sulle conformi conclusioni di NICCOLINI (riprodotte nelle sue *Quistioni di diritto,* Napoli, 1888, parte 1.ª, pag. 111) dalla Cassazione di Napoli in tema di omicidio commesso sulla persona d'un supposto jettatore, osservando, che se essa può giustificarsi in base al testo speciale del codice di Napoli, contraddice alle regole di ragione, le quali vietano, che si giudichino *gli altri secondo i pensieri e le abitudini proprie.* Ora certo errerebbe il giudice, che volesse fondare la sua pronunzia sulle opinioni sue; ma erra anche chi lo consiglia a fondarla sulle opinioni del giudicabile. Essa va fondata unicamente sulle opinioni del legislatore. Il legislatore napoletano (codice per lo regno delle due Sicilie, parte seconda, art. 377) dichiarava costituir provocazione

di tali scopi avrà errato sopra una circostanza avente valore giuridico, e si potrà discutere intorno agli effetti da attribuirsi al suo errore.

---

le percosse, le ferite e gli altri misfatti o delitti contro le persone; il legislatore nostro (codice penale, art. 51) dichiara più genericamente, che essa è costituita da un atto ingiusto. E quest'ultima dichiarazione è razionalmente preferibile: se lo sia praticamente è questione, che va decisa tenendo conto delle condizioni, nelle quali si svolge l'amministrazione della giustizia penale. E qualora l'esperienza dimostrasse, che la sostituzione del criterio della ingiustizia a quello meno esatto, ma più facilmente applicabile, della criminosità dell'atto provocatore ha per effetto di permettere ad una notevole parte dei giudici di dichiarare cervelloticamente atti di provocazione azioni, che in realtà nulla hanno d'ingiusto, converrebbe tornare ad indicare specificatamente quali siano i fatti, che rendono provocata la reazione verificatasi a danno dei loro autori. Intanto quel qualunque criterio, che dal codice sia stato accolto, va applicato dal giudice, e non può ad esso venir sostituito il criterio, che al giudicabile è piaciuto di adottare. Voler col CARRARA limitata la reiezione del criterio soggettivo del giudicabile ai casi, in cui si tratti di un criterio affatto *irragionevole* o *bestiale* è un consentire, che l'anarchia prenda campo nei giudizî penali, purchè si tratti di una anarchia, che non produca eccessivo disordine e confusione soverchia. Al CARRARA pareva non del tutto irragionevole e bestiale l'opinione di chi si credeva provocato da un jettatore; non solo in giornali politici, nei quali è facile per la fretta con cui si scrivono, trovare proposizioni avventate, ma in un'opera diretta a rinnovare gli studî penali (*Sociologia crimininale* di ENRICO FERRI, Torino, 1892) accade di leggere, che *il divieto delle processioni fuori di chiesa oltrechè sancisce il rispetto alle credenze di tutti, impedisce disordini e risse* (pag. 341), e che *le manifestazioni dell'opinione e del sentimento popolare non danno luogo ad alcun disordine, quando la polizia non interviene e diventano invece occasione di violenze ed oltraggi appena questa diviene, per troppo zelo, provocatrice* (pag. 333). Chi odia i cani, perchè diventando idrofobi possono far perire fra gli spasimi molte creature umane, se si riterrà personalmente provocato da uno, che invece li ama, ed ha l'abitudine di escire accompagnato da una intiera frotta di essi, incorrerà in un errore irragionevole e bestiale? Sarà tale l'errore di chi ritenendo pericoloso l'uso della bicicletta si considererà provocato da un fautore del ciclismo o da chi impianti un negozio di biciclette in una località che ne era priva? E del resto, se dobbiamo tener conto delle opinioni dei giudicabili per la determinazione delle circostanze scusanti o delle aggravanti, perchè non dovremmo tenerne conto anche nell'accertamento della criminosità dell'azione, e mandar esente da pena chi ha ucciso un feto non vitale od un uomo moribondo, perchè ritiene, che sia opera pietosa troncare le sofferenze precedenti la morte, quando la continuazione della vita non è possibile? Forse vorrebbe poi partecipare all'esenzione anche chi ha ucciso un malvagio, chi ha ucciso un neghittoso, e finalmente se fosse proprio vero, che come dice il CARRARA, gli imputati abbiano diritto di venir giudicati secondo i pensieri e le abitudini proprie, il trovarsi di fronte ad un imputato punibile dovrebbe produrre quell'impressione di lieta meraviglia, che si dice abbia indotto l'imperatore GIUSEPPE II, quando in una casa di pena da lui visitata finì col trovare un condannato, che, riconosceva d'essere stato giustamente punito, ad accordargli la

La ricorrenza però di una determinata intenzione non [1] è uno degli elementi, che devono essere in genere presentati da qualunque fatto, perchè esso possa costituire reato.

Fra i reati sonvene molti, i quali sono perfetti, purchè siasi volontariamente compiuto il fatto, che li costituisce, qualunque fosse l'intenzione, che animava l'agente. Non è certo, che il cittadino portando le armi contro lo Stato sia animato dall'intenzione di riescire con questa sua cooperazione a rendere più agevole allo straniero la sconfitta dell'esercito nazionale. Tale fatto può conciliarsi con una apatica indifferenza intorno alle sorti della guerra, ed anche col segreto desiderio, che esse volgano favorevoli ai proprî concittadini. Ma per quanto risulti, che appunto il cittadino si è schierato fra le file nemiche, perchè riteneva, che l'aggiunta d'un combattente non avrebbe potuto influire sull'esito della guerra, e che ben lungi dall'essere animato d'odio contro i proprî connazionali, manteneva rapporti amichevoli con molti fra essi, ed in genere si mostrava verso tutti benevolo, e solo si è assoldato allo straniero per avere a rischio della vita paga e nutrimento od eventualmente nella speranza di potere, unendosi agli invasori, effettuare un ritorno in patria, al quale non vedeva altra via, non si dovrà per questo esitare ad applicargli la pena portata dall'art. 105 del codice penale. E similmente non occorre, che chi comunica i piani di una fortezza abbia l'intenzione di renderne possibile al nemico l'occupazione, perchè tale comunicazione costituisca reato (art. 107); non occorre, che chi si introduce clandestinamente o con inganno in stabilimenti militari lo faccia collo scopo di valersi delle cognizioni, che viene in questo modo ad acquistare, a pregiudizio dello Stato, perchè l'introduzione diventi punibile (art. 110 capov.).

Tanto meno poi occorre, perchè si possa in genere parlare di responsabilità, che il fatto siasi compiuto con uno scopo antisociale od antigiuridico. Anzitutto intenzione e scopo sono due termini correlativi, che non possono stare l'uno senza dell'altro, e sebbene nel discorso se ne possa fare separata menzione, e sebbene possano essere entrambi obbietto di distinta osservazione analitica, la determinazione dell'uno implica di necessità la determinazione dell'altro. Si parla

---

grazia sotto forma di espulsione da una società costituita da vittime dell'altrui ingiustizia, alla quale egli, come colpevole, non meritava di continuare ad appartenere.

[1]) V. in senso contrario FERRI, *Sociologia criminale,* Torino, 1892, pag. 503 e seg.

di intenzione, quando si pon mente alla direzione della volontà verso il raggiungimento di un dato risultato: si parla di scopo, quando il risultato, che la volontà tende a raggiungere, è considerato obbiettivamente. Non è punto vero [1]), che l'intenzione riguardi il motivo per cui si volle un fatto, e lo scopo riguardi l'effetto, che volendo quel fatto con quella intenzione, si cercò di ottenere.

È vero invece, che ogni fatto può essere compiuto colla intenzione di raggiungere più risultati successivi, e che rispetto ad ogni fatto si può quindi parlare così di una intenzione prossima e di intenzioni ulteriori, come egualmente di uno scopo prossimo e di scopi più remoti. Chi esplode un fucile può direttamente proporsi lo scopo d'uccidere o quello di spaventare o quello di esercitarsi al bersaglio: il risultato della uccisione si può volere colla intenzione ulteriore di vendicare una offesa o di usurpare una eredità o di derubare o di difendersi; il risultato della intimidazione si può volere colla intenzione ulteriore o di arrecare una sofferenza morale a coloro, nella cui direzione si esplode l'arma o per soddisfare un capriccio grossolano; l'abilità nel tiro si può voler conseguire o perchè ad essa è subordinata nel proprio paese l'esenzione da richiami al servizio militare o per andare a caccia proficuamente o per mettersi in grado di consumare un omicidio, del quale si sia concepito il disegno. Tanto se si ponga mente al risultato prossimo dell'azione, quanto se si consideri il suo risultato ultimo, si può quindi indifferentemente parlare di intenzione e di scopo, e non è vero, che l'intenzione si riferisca solo all'effetto immediato, lo scopo agli effetti ulteriori.

Come poi non occorre, perchè si abbia un reato, che il fatto dal quale esso è costituito sia compiuto colla intenzione prossima di ledere il diritto altrui, e basta, che questo fatto implichi la lesione dell'ordine giuridico, che può verificarsi anche quando l'agente non desideri direttamente di ledere il diritto d'alcuno, così il reato non è escluso dalla circostanza, che lo scopo ultimo, a cui l'azione è indirizzata non sia antisociale, nè antigiuridico, o, ciò, che si equivale, non sia antisociale, nè antigiuridica l'intenzione ultima dell'agente.

L'opinione contraria tende in sostanza ad applicare alle materie penali la massima, per la quale un tempo si gridò tanto contro i gesuiti, che si accusavano di esserne fautori, della giustificazione dei mezzi operata dal fine. Logicamente essa dovrebbe condurre a scusare ogni e qualunque eccesso, imperocchè di nessun misfatto per quanto atroce e funesto può dirsi, che esso sia indirizzato ad uno scopo

---

[1]) Ciò venne erroneamente affermato dal FERRI, op. cit., pag. 504.

intrinsecamente riprovevole, se noi ci riferiamo al fine ultimo, cui il suo autore mirava. Questo invero consisterà sempre nel procurarsi una soddisfazione, e nessuno può essere biasimato, per aver ceduto all'istinto, che spinge ognuno verso la propria beatitudine. Ma è il procacciarsela con mezzi, che pregiudicano altri o li fanno soffrire, che costituisce un'azione riprovevole e, nei congrui casi, punibile.

Chi ruba e chi lavora è ordinariamente animato dalla medesima intenzione di procacciarsi cose necessarie, utili o dilettevoli: la differenza fra l'uno e l'altro sta soltanto nella diversità del modo, in cui rispettivamente tendono a soddisfare bisogni o desiderî, che per sè nulla hanno d'illecito.

Se chi uccide l'aggressore non è punito, ciò non dipende [1]) da che egli abbia agito allo scopo di salvare la propria vita, giacchè l'intenzione di salvare l'esistenza non basta per sè stessa a scusare qualunque fatto. La sua impunità dipende dalla oggettiva legittimità dell'azione da lui compiuta, e quindi costui non andrebbe punito neppure quando l'aggressore fosse stato un suo nemico, ed egli col fatto di avere poco dopo tentato di suicidarsi, dimostrasse di non essere stato mosso a difendersi dalla intenzione di salvare la vita, mentre invece aveva già concepito il proposito di farne getto, ma dal desiderio di profittare di quell'occasione, per soddisfare prima di morire la passione dell'odio; mentre deve invece punirsi il soldato, che fugge dinanzi al nemico (*codice penale militare,* art. 72, n. 8), il marinaio, che non prende le difese del capitano, contro il quale siano a bordo della nave commessi atti di violenza (*codice della marina mercantile,* art. 292), senza che l'intenzione di salvare la vita valga a scusare la loro azione od inazione.

Sicchè non valendo di regola la bontà dell'intenzione a scusare il fatto criminoso compiuto per realizzarla, e dovendo il penalista giudicare delle azioni umane in base alla legge positiva e non alla stregua delle massime religiose o morali si dovranno senz'altro rigettare [2]) tutte quelle difese, che fossero fondate sopra asserti errori nella

---

[1]) La subordinazione dell'impunità dell'uccisore dell'ingiusto aggressore alla considerazione della qualità dei motivi, che lo hanno determinato a reagire, viene affermata come un postulato incontrastabile da FERRI, op. cit., pag. 87.

[2]) Ciò venne espressamente dichiarato da parecchie legislazioni, ed a pag. 35 già si ebbe occasione di fare menzione di alcune fra esse. Ma, come rilevava il NICCOLINI nella requisitoria ricordata a pag. 63, la sostituzione del sistema di prevedere legislativamente i singoli casi di scusa a quello di rimetterne l'estimazione all'arbitrio dei giudici basta senz'altro a condurre a tale risultato. L'ALIMENA (*I limiti e i modificatori dell'imputabilità,* Torino, 1896, vol. II, pag. 399) fa

valutazione della idoneità del fatto compiuto a realizzare l'intenzione, dalla quale si era animati o nell'apprezzamento di esso sotto il punto di vista religioso o morale.

30. Dell'ipotesi dell'errore e dell'ignoranza cadenti sopra uno degli elementi essenziali del reato il nostro codice penale non si occupa in modo espresso; ed invero una apposita disposizione, per stabilire gli effetti di questa specie d'ignoranza e d'errore sarebbe stata superflua, essendosi già abbastanza provveduto in proposito mediante l'art. 45, il quale dichiara, come nessuno possa essere punito per un delitto, se non abbia voluto il fatto, che lo costituisce. Chi ignorava di essere per compiere il fatto costituente il reato non poteva evidentemente volere questo fatto, e quindi non ne deve rispondere.

Ma vi sono [1]) dei reati, il cui elemento soggettivo consiste appunto in una azione compiuta od in una omissione incorsa per non essersi tenuto il debito conto delle conseguenze possibili del proprio fatto, ed il cui elemento oggettivo sta nella produzione di un danno non voluto. Ad essi accenna il legislatore nello stesso art. 45 dicendo, che la legge può mettere a carico d'alcuno un fatto costituente reato, benchè non voluto, come conseguenza della sua azione od omissione.

Tale locuzione dimostra, come la parola *fatto* (nel testo della legge espressa non direttamente, ma mediante il pronome *lo*, che ad essa si riferisce) in questo accenno sia usata per designare non la totalità degli elementi costitutivi del reato, ma solo quelli oggettivi, poichè gli elementi soggettivi (l'azione od omissione) sono contrapposti ad essi come loro causa. Ed è precisamente solo rispetto ai primi di

---

menzione d'un codice, che sarebbe quello di Turgovia, il quale conterrebbe una esplicita disposizione nel senso perfettamente contrario. Se ciò fosse vero solo la piccolezza del paese, nel quale essa avrebbe avuto vigore, potrebbe spiegare, come una massima così pericolosa non abbia prodotti effetti tanto deplorevoli, da provocare la sua abrogazione; ma che lo sia non mi pare probabile, perchè lo STOOSS (*Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts*, Basilea e Ginevra, 1892, vol. I, pag. 204 e seg.) dopo d'avere trascritto il § 54 del codice di Lucerna, nel quale si dice, che l'imputazione non viene esclusa dall'opinione, che la coscienza o la religione o la qualità dello scopo ultimo o del motivo impellente rendano lecito ciò che le leggi vietano sotto comminazione d'una pena, ricorda altri codici svizzeri, che contengono disposizioni analoghe e fra essi pone anche quello di Turgovia al § 23.

[1]) A pag. 55 si è negato soltanto che *tutti* i reati che si sogliono chiamare *colposi* dipendano dalla mancata previsione degli effetti della propria azione, ed in ispecie, che al loro autore debba imputarsi questa mancanza di previsione anzichè l'azione effettivamente compiuta ed intrinsecamente ingiusta a causa della sua pericolosità.

questi elementi, che l'ignoranza e l'errore possono verificarsi, giacchè se anche l'uomo sano di mente può ingannarsi nel prevedere i risultati delle proprie azioni, e può persino non essersi formato alcuna opinione in proposito, per abbandonarsi a movimenti inconscii, o per fare movimenti diversi da quelli, che si ritiene di fare, bisogna non essere in possesso della pienezza delle nostre facoltà mentali.

L'ignoranza e l'errore pertanto rispetto a questi reati, ben lungi dall'essere una causa di scriminazione, costituiscono una delle condizioni, che possono determinare la verificazione.

La distinzione, che suol farsi a questo riguardo tra errore vincibile ed errore non vincibile, pecca anzitutto di ambiguità. Per vincere sia l'errore, sia qualunque altro ostacolo bisogna disporre di mezzi adeguati: noi solo tenendo conto ad un tempo e della entità dell'ostacolo e di quella dei mezzi di cui si dispone per superarlo possiamo determinare il concetto della superabilità sua. Ma di questi due termini, che entrambi concorrono alla soluzione del problema, uno solo — quello dell'ostacolo da superare — è dato con precisione. La determinazione dei mezzi, di cui l'agente avrebbe potuto disporre, è rimessa all'arbitrio individuale non solo quanto alla valutazione della loro potenzialità, ma anche quanto alla specificazione dei mezzi, che devono essere valutati. Bisogna anzitutto precisare il momento, al quale deve riferirsi il giudizio sulla vincibilità dell'errore, per poterlo utilmente istituire; e se non lo si fissa all'atto dell'esecuzione dell'azione direttamente produttiva del danno, vien meno ogni criterio sicuro, per procedere ad una fissazione uniforme. Ora l'unica soluzione esclusiva della incertezza non è certo quella corretta, poichè d'ordinario non è di non aver usato di quei mezzi, che erano a sua disposizione nel momento in cui ha agito, e che gli avrebbero permesso di dissipare il suo errore, che noi facciamo rimprovero al negligente, ma di non aver ricorso a mezzi migliori. Se ci riferiamo al caso scolastico, sebbene tutt'altro che tipico, del cacciatore disgraziato, che colpisce un uomo anzichè un cinghiale, noi per decidere, se il suo errore era vincibile o no, non ci limiteremo già a chiederci, se guardando meglio alle frasche in direzione delle quali ha colpito avrebbe potuto vedere, che fra esse stava un uomo, in modo da doverlo prosciogliere, quando ci risulti, che era miope, o che le frasche erano così folte, che neppure un uomo dotato di vista acutissima esaminandole colla massima attenzione avrebbe potuto scorgerlo, ma ci domanderemo se non avrebbe potuto previamente informarsi, se quella località era o no frequentata, e sebbene al momento in cui ha sparato non fosse presente alcuno a cui chiederlo,

dichiareremo vincibile il suo errore, se non gli mancava il modo di avere informazioni prima di recarsi sul sito.

Dato adunque che si possa e si debba risalire a momenti precedenti quello della consumazione del reato, per decidere, se l'errore era vincibile o no, ognun vede, come l' errore invincibile diventi qualche cosa di mitico, poichè se vi sono questioni insolubili per l' umana intelligenza, non è certo l' ignoranza propriamente invincibile, perchè concerne oggetti, che l'uomo non ha mezzo di conoscere, quella, che può provocare l'esecuzione di fatti, sulla cui punibilità si abbia poi a disputare.

Ma il vizio principale della distinzione dell' errore invincibile ed invincibile sta nel mettere in prima linea un elemento, che non ha se non una importanza molto relativa e sempre accessoria.

L'ignoranza e l'errore possono certo riescir pregiudizievoli così a chi ne è affetto, come a coloro, che si trovano esposti a subire l'influenza delle azioni di costui, ma non direttamente, sibbene solo in quanto agiscono in senso funesto sulla esplicazione della sua attività. È questa la causa diretta del danno, e quindi è ad essa, e non alla causa indiretta e mediata, che si deve mirare, quando si vuol sapere, se la produzione del danno vada imputata e sia punibile. All'uso del criterio della vincibilità od invincibilità dell' errore si può dover ricorrere nel diritto civile [1]), in quanto in esso l'errore produce di per sè e direttamente effetti giuridici (*codice civile*, art. 1295); si può senza inconvenienti ricorrervi nella discussione di qualche caso pratico, in quanto la facilità di prevedere, che agendo in un dato modo si sarebbe posta a repentaglio l' altrui sicurezza personale, e rispettivamente la difficoltà di prevederlo, implicheranno per lo più l'imprudenza o la correttezza dell'azione eseguita, ma esso dovrebbe andar bandito dal campo scientifico, sia perchè è assai poco scientifico il chiamare invincibile ciò, che è solo difficilmente vincibile; sia perchè appena insorga qualche difficoltà in ordine alla determinazione del momento, al quale va riferito il giudizio sulla vincibilità dell'errore, e cioè appena si incontri un caso alquanto complicato, esso riesce inetto a prestare un utile servizio; sia finalmente perchè esso si riferisce ad un elemento, che non è costitutivo del reato, sebbene possa talora essere coordinato ai suoi elementi costitutivi.

L'errore *inescusabile*, o come lo si suol chiamare *vincibile*, non è dunque propriamente una degradante della forza morale del reato,

---

[1]) Per altro i civilisti sogliono, usando una terminologia più corretta e razionale, parlare di *scusabilità* od *inescusabilità* dell'errore.

come afferma il Carrara [1]), ma può invece essere una delle condizioni, che determinano la perpetrazione di un reato diverso da quello, che si commette da colui, che produce volontariamente un risultato dannoso eguale nella sua parte materiale a quello prodotto da chi ignorava di essere per produrlo. Nè può dirsi, che fra l'errore inescusabile e la colpa interceda quella diversità sostanziale, che credette di riscontrarvi Carrara [2]), al quale parve, che si debba parlare di colpa, quando *non si sono previste per negligenza tutte le conseguenze materiali del proprio fatto,* e di errore vincibile *quando le conseguenze materiali del fatto si sono previste e volute, ma non si è prevista, per negligenza o per un equivoco di fatto, la conseguenza giuridica della violazione della legge che stava in quell' evento.* Tanto vale sparare sapendo, che un uomo si trova nella zona, che sarà attraversata dal proiettile, nella speranza, dimostrata poi fallace dall' evento, di non colpirlo; quanto sparare ignorando questa circostanza, sia perchè non si è con sufficiente attenzione portato lo sguardo sul terreno compreso in tale zona, sia perchè si è scambiato l'uomo con un fantoccio.

E nell'un caso e nell'altro si ha un errore di fatto, che esclude la volontarietà dell'omicidio, non esclude la volontarietà dello sparo in condizioni, in cui esso può riescire pericoloso, e come diverse non sono le conseguenze giuridiche, che accompagnano questo errore, così non è neppure diversa l'influenza, che esso esplica sulla volontà dell'agente.

31. Dell'errore concernente circostanze influenti sulla gravezza del reato si è invece occupato il nostro legislatore, ma non in modo generale, bensì limitatamente ai casi, in cui dia luogo alla sua verificazione l'eventualità, che il reato colpisca una persona diversa da quella, contro la quale esso era diretto [3]): eventualità, che può indifferentemente dipendere così da un errore, in cui l'agente sia incorso nella identificazione della vittima del reato, come da un altro acci-

---

[1]) *Programma,* Parte generale, Lucca 1861, pag. 178.

[2]) *Programma,* Parte generale, Lucca 1861, pag. 179.

[3]) L'errore circa alla identità della persona di fronte alla quale si agisce non concerne però sempre, come la dizione dell'art. 52 farebbe supporre, circostanze influenti soltanto sulla misura della pena; esso può anche cadere sopra circostanze influenti sulla generica punibilità del fatto, come se alcuno volendo rubare le cose di un estraneo, si impadronisse di quelle di suo padre (art. 433, alinea n. 2), o volendo derubare il padre, derubasse l'estraneo, ed inoltre sopra elementi essenziali al reato, come se una donna maritata credendo di sottoporsi all'amplesso dell'amante, abbia congresso carnale col marito, o credendo di prestare al marito il debito conjugale, soddisfi la lascivia d'un amante non riamato.

dente qualunque che provochi la manifestazione di una discrepanza fra l'opinione dell'agente circa alla specificazione della persona, sulla quale cadrà il reato, e la effettiva direzione presa da questo.

Tale divergenza fra il risultato effettivo del reato ed il progetto criminoso può essere manifestamente [1]) priva di qualsiasi importanza

[1]) Coll'uso di questo avverbio intendo solo esprimere l'opinione, che la irrilevanza giuridica dell'errore concernente circostanze non dotate esse stesse di rilevanza giuridica apparisce come abbastanza ovvia, perchè non occorra giustificarla con apposita dimostrazione. Del resto non tutte le proposizioni, che sembrano ovvie, risultano poi anche vere, quando vengano sottomesse ad una critica severa, ed io col dire, che la soluzione, la quale a me pare anche giusta, si presenta spontaneamente alla mente di chi si proponga il quesito, non voglio punto escludere, che si possa ragionevolmente dubitare della sua esattezza. Ciò premesso, che la soluzione contraria, la quale tuttavia ha potuto incontrare in Germania l'approvazione della maggioranza degli scrittori (ed il BINDING appartiene al novero di quelli, che le son favorevoli, v. *Die Normen und ihre Uebertretung,* vol. 2°, Lipsia, 1877, pag. 44, ove immagina che il morto per deviazione del colpo sia il fratello dell'ucciso, per render più nitido il contrasto fra il risultato dell'azione e la volontà dell'agente, ma lo fa sotto l'impero d'una legislazione, che in tema d'omicidio tien conto della parentela solo se sia in linea ascendente [*Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich,* § 215], e comunque prescinde affatto nel suo ragionamento da questa circostanza) ed in Italia quella del BRUSA (*Saggio di una dottrina generale del reato,* Torino, 1884, pag. 109 e seg.), dipenda solo da una erronea determinazione dell'oggetto dell'imputazione (ed è perchè ciò mi pare, che non ne ho di proposito intrapreso l'esame nel testo), non può che essere indubitato per chi non la approva.

Per affermare, che l'uccisione di Tizio compiuta mediante un atto diretto ad uccidere Caio, non equivale giuridicamente all'uccisione di Caio bisogna incominciare dall'affermare, che si imputa non il risultato voluto, ma solo il risultato verificatosi nel modo nel quale lo si voleva produrre, o, come dice il BINDING (op. cit., pag. 45), il *volere attuato.* Allora per altro non solo chi uccide Tizio invece di Caio, ma anche chi volendo ucciderlo col trapassargli il cuore, lo uccide perforandogli il cervello, dovrebbe dichiararsi colpevole solo di tentativo di omicidio ed in genere dovrebbe stabilirsi la regola, che il giudice sia tenuto ad accertare non solo, se l'imputato è autore del fatto incriminato e se lo ha compiuto volontariamente, ma anche quali avrebbero dovuto essere, secondo l'opinione di esso, le modalità e le basi dell'esplicazione dell'attività sua, e quali sono state in effetto, riconoscendo in lui il diritto di rifiutarsi a rispondere penalmente del fatto luttuoso verificatosi, ogniqualvolta gli avvenimenti non si siano svolti in conformità delle sue previsioni, come se ad esempio mentre taluno voleva incendiare una casa con un fiammifero, che avrebbe dovuto accendere la carta apparecchiata dall'agente, per trasmettere la fiamma alle fascine, similmente preparate per bruciare la legna accumulata per eccitare un fuoco capace di produrre l'incendio voluto, abbia con un brusco movimento fatto involontariamente o per un urto ricevuto o per altra simile causa, avvicinato direttamente il fiammifero alle fascine, che contro le sue previsioni, si sono accese indipendentemente dalla previa accensione della carta.

giuridica, in quanto sulla entità del reato non influisca per modo alcuno la speciale individualità dell'offeso, e colui, contro il quale l'offesa era indirizzata, non sia tale persona, che ove egli fosse stato effettivamente offeso, il reato commesso a suo danno sarebbe stato diverso da quello avutosi.

Alla verificazione delle due alternative contrarie l'art. 52 attribuisce un effetto sulla misura della responsabilità penale solo nei casi, in cui essa possa render migliore la posizione dell'imputato, disponendosi da detto articolo, che a favore dell'agente siano valutate le circostanze, che avrebbero diminuita la pena per il delitto, se fosse stato commesso in pregiudizio della persona, contro la quale la sua azione era diretta, e per contro non si tenga conto della qualità della vittima designata, quando essa avrebbe dovuto dar luogo ad un aggravamento di pena, nè si tenga conto di quella della vittima effettiva, quando similmente essa aggravi l'entità del reato.

Sicchè se taluno volendo derubare il fratello, col quale non convive in famiglia, derubi invece un estraneo, gode egualmente della diminuzione del terzo accordata dal capoverso dell'art. 433, mentre se, volendo ucciderlo, uccide un estraneo, la sua pena non è quella del fratricida, quale avrebbe voluto diventare (reclusione da ventidue a ventiquattro anni, art. 365), ma quella dell'omicida, quale è diventato di fatto (reclusione da diciotto a ventun anni, art. 364), e sempre è punito con questa pena anche chi abbia di fatto commesso il fratricidio, quando risulti, che era però sua intenzione togliere la vita ad una persona a lui non congiunta coi vincoli del sangue.

Ognuna di queste soluzioni non rappresenta poi in sostanza, che la costante applicazione della regola, che subordina alla volontarietà l'imputazione del fatto compiuto ed alla esecuzione del fatto voluto l'imputazione della volizione.

Questa medesima regola si deve sempre egualmente applicare in tutti gli altri casi di errori concernenti circostanze aggravanti o diminuenti, e che non siano provocati da una deviazione verificatasi nel risultato criminoso, ma da una inesatta previsione della sua entità, nè la sua applicazione può mai dar luogo a serie difficoltà in linea di diritto, per quanto in linea di fatto ordinariamente non possa a meno di riescir molto malagevole, dovendosi, per procedere ad essa, accertare uno stato della mente, e quindi un dato non suscettivo di osservazione diretta per parte d'alcuno.

32. Oggetto dell'imputazione è il fatto voluto. La determinazione del concetto di *fatto* sotto il punto di vista del diritto penale farà pertanto conoscere fin dove l'imputazione si estende.

Esso consta di due elementi: l'uno soggettivo rappresentato dai movimenti compiuti dall'agente, l'altro oggettivo costituito dalle modificazioni prodotte nel mondo esteriore dalla verificazione di questi movimenti.

Di ciò che appartiene all' elemento soggettivo può riescire malagevole la constatazione, e, seguìta questa, può ancora dubitarsi, se i movimenti constatati siano stati eseguiti volontariamente. Anche di questo dubbio può in singoli casi riescire malagevole la soluzione, in quanto sia difficile a stabilire, se il movimento compiuto dall'imputato, ed a causa del quale lo si imputa, non sia stato per avventura provocato da una forza esteriore, anzichè essere dipeso da una interna deliberazione, oppure vi sia incertezza intorno alla regolarità del modo di funzionare della volontà dell'agente. Però nel primo caso tutto si riduce ad una questione di fatto: nel secondo si tratta bensì di una questione tecnica, ma l'arte in base alla quale la si deve risolvere è la medica e non la forense, sebbene poi la pronunzia della soluzione spetti al giudice e non al medico.

Il giurista rispetto a tali quesiti stabilisce [1] la subordinazione dell'imputazione alla loro soluzione; non è in caso di dar regole relative al modo, nel quale devono venir risolti.

È in quanto si tratta di accertare, se in un dato risultato dannoso, che si è avuto a deplorare, debba vedersi il lato oggettivo di una azione umana o soltanto un fenomeno dovuto alla esplicazione delle forze brute della natura, e che non può essere imputato ad alcuno, che si è costretti a far dipendere la soluzione del quesito da criterî d'indole giuridica, e si vien quindi propriamente a risolvere una questione di diritto.

Imperocchè non basta, per risolverla, appurare con diligenza i fatti, ma bisogna anzitutto stabilire di qual natura abbia ad essere il rapporto, che deve intercedere fra un fatto volontario ed un risultato verificatosi a seguito di esso, perchè questo risultato possa per gli effetti penali imputarsi all'autore del fatto, e considerarsi come azione sua.

Che non occorra a tal uopo, che si tratti di un risultato direttamente cagionato dal fatto umano, tosto lo comprende chiunque non dimentichi, come la civiltà avendo divulgata anche fra gli uomini più rozzi la conoscenza di molte fra le leggi della natura non costituisca un privilegio dei dotti il poter obbligare la natura a servirli, col provocare mediante alcuni movimenti proprî, che costan loro poca

[1]) V. indietro pag. 26 e seg.

fatica, uno sviluppo di forza sufficiente per produrre quel risultato, a cui aspirano, e che valendosi solo delle loro membra o non potrebbero o difficilmente potrebbero produrre. Nessuna uccisione prodotta con arma da fuoco potrebbe imputarsi come omicidio, ove si accettasse la massima, che quando la legge eleva a reato la produzione di un dato avvenimento, chi ne è stato causa soltanto mediata non incorra nella pena stabilita contro l'autore del fatto.

Una massima siffatta non avrebbe certo potuto venir formulata da alcuno [1]), se non si fosse incominciato dall'attribuire alle parole mediato ed immediato un significato diverso da quello, che è loro proprio. Imperocchè nell'omicidio commesso a mezzo d'arma da fuoco, ad esempio, il risultato immediato del fatto dell'uomo è quello di imprimere al grilletto un movimento, che mediante una serie di fatti successivi più o meno lunga a seconda della maggiore o minore complicazione dell'arma, produce l'accensione della carica, che sviluppa

---

[1]) E se da alcuno sia stata formulata io non saprei dirlo. CARRARA (*Programma*, Parte speciale, vol. I, Lucca 1868, pag. 76 in nota) dice, che nei pratici si trovano moltissimi esempi, dai quali risulta che essi opinavano non potersi addossare responsabilità penale a chi fu causa soltanto mediata di un reato. Ma degli scrittori da lui citati URSAYA (professore di diritto penale a Roma, morto nel 1742) si riferisce al padrone di un cocchiere, che abbia nell'esercizio del suo mestiere per imprudenza ucciso alcuno, e si propone e risolve solo il dubbio relativo alla sua responsabilità civile, e non lo dichiara affatto causa mediata dell'omicidio; di RAYNALDO (uditore a Bologna e poscia avvocato a Roma nel XVII secolo) non potei riscontrare il passo citato dal CARRARA, ma nella sua *Syntaxis rerum criminalium*, Roma 1688, pag. 421, ove parla piuttosto diffusamente dell'omicidio colposo, non trovo fatto alcun accenno a questa distinzione: quanto a PACICHELLO, XAMAR e SERAFINO sono autori, che non conosco, come ignoro quale sia l'opera, che, giusta il suo costume senza indicazione del luogo e dell'anno della stampa, cita sotto il titolo *Thesauro quaest. forens.*, lib. I, quest. 62. Intanto gli altri scrittori lo imitarono nel proporsi seriamente il dubbio sulla ammissibilità della imputazione della causa mediata (ed il CARRARA stesso e nel passo ora citato e nella *Parte generale,* Lucca 1871, pag. 180, avverte, come l'opinione affermativa vada applicata con cautele e riserve), e nella pratica si sostenne la soluzione negativa ogni qualvolta essa riesciva favorevole agli interessi, che si volevano far prevalere, e molte sentenze (v. MOSCA, *Nuovi studî e nuove dottrine sulla colpa,* Roma 1896, pag. 9 e seg.) si basarono su questa arbitraria ed irragionevole distinzione fra causa *mediata* e causa *immediata*.

STEPHEN riferisce (*A digest of the criminal law*, Londra 1887, pag. 159) come invalsa nella pratica inglese la massima: « *In jure non remota causa sed proxima spectatur* »; ma ha cura di rilevare quanto sia vaga; e dato che nello applicarla alle materie penali si debba richiedere, come pare essere sua opinione, e come insegnava il cancelliere BACONE da lui citato, una interruzione *piena* fra il risultato e l'azione, il suo valore diventa nullo.

i gas, dalla cui forza di espansione è originata l'uscita del proiettile, che penetrando nel corpo umano offende un organo vitale in modo da provocare la morte.

È egualmente chiaro, come il numero maggiore o minore dei fatti intermedî fra quello, che è stato direttamente prodotto dalla volizione e quello, che ha direttamente prodotto l'evento, del quale si disputa se debba o no imputarsi, non possa per modo alcuno fornire un criterio, che valga a far risolvere rettamente la questione: perchè una volta ammesso, che si possa dover rispondere del risultato prodotto non dal fatto proprio personale, ma dal risultato del fatto proprio personale, manca il modo di stabilire un limite fisso, oltre il quale non si debba più rispondere del risultato ulteriore.

D'altra parte però, se bastasse, che risalendo nella serie dei fenomeni per la cui successiva verificazione si è avuto un risultato lesivo d'un interesse tutelato dalla legge penale, si arrivasse sino ad un fatto umano, perchè l'autore di questo fatto dovesse penalmente rispondere della lesione avvenuta, le responsabilità penale verrebbe ad assumere una estensione assolutamente illimitata. Chi ha piantato un albero, sotto il quale si rifugia un viandante sorpreso dalla burrasca, diventerebbe omicida, ove la veemenza del vento od il peso della neve producesse la rottura di un ramo, che cadendo togliesse la vita a quel misero.

A far distinguere dagli altri i casi, in cui si deve rispondere penalmente del proprio operato, non giova certo lo studio del modo, in cui essi si sono prodotti. A chi abbia abito di osservazione scientifica tosto apparisce, come sotto questo punto di vista non vi sia differenza fra l'uno e l'altro dei due casi addotti ad esempio, e che pur appariscono così diversi sotto ogni aspetto all'osservatore volgare, e che pur sono, ma sotto un punto di vista diverso da quello delle modalità della produzione della morte, realmente distinti. Infatti è bensì vero, che la piantagione dell'albero sarebbe stata innocua al passeggiero, se non fosse sopravvenuta la bufera, e se egli non si fosse rifugiato sotto l'albero; ma anche lo sparo dell'arma sarebbe riescito innocuo a chi ne è stato colpito, se egli non si fosse trovato nella direzione del proiettile, o se, pur trovandovisi, il suo corpo fosse stato protetto da un riparo non perforabile. Se chi pianta l'albero non causa con ciò la bufera, nè obbliga con ciò alcuno ad esporsi alla caduta dei rami, che si spezzino, collocandovisi sotto, neppure chi spara l'arma obbliga con ciò alcuno a mettersi in posizione da servire di bersaglio, nè attribuisce con ciò agli abiti, di cui era rivestito il colpito, la proprietà di essere perforabili. Neppure fa diffe-

renza l'intervallo di tempo decorso fra il fatto personale all'uomo e la catastrofe, poichè lo svolgimento più o meno rapido della serie dei fatti non influisce sul rapporto causale. Altrimenti bisognerebbe dire, che è omicida chi uccide con una pistola, non lo è chi uccide con una esplosione predisposta in maniera da far trascorrere un notevole intervallo di tempo fra l'ultimo fatto personale all'autore dell'ordigno esplosivo e l'azione micidiale di questo.

È solo quando si pon mente allo stato d'animo di chi spara l'arma e di chi pianta l'albero, che si trova la differenza valevole a spiegare il perchè quella morte, che si è egualmente verificata a seguito di una serie di fenomeni di cui fa parte un loro fatto personale, venga imputata come omicidio all'uno e non all'altro.

La non imputazione del piantatore non dipende da che il vento siasi scatenato senza il suo concorso, bensì dall'essere la piantagione avvenuta non allo scopo di predisporre oggetti, i quali sopravvenendo il vento potessero convertirsi in proiettili pericolosi, ma per un fine diverso.

Ed appunto si è scelto, per far rilevare quale sia la circostanza, che stabilisce il nesso causale nei rapporti penali, questo esempio, che a prima vista può sembrare meno appropriato, perchè ove rispetto ad esso si riesca a comprendere, come la responsabilità penale non dipenda dalla maggiore o minore appariscenza [1]), che il fatto

---

[1]) Per quanto tuttora accada di sentir parlare anche da non incolti scrittori di cause determinanti e cause efficienti, o ciò che val la stessa di condizione e di causa come di entità esplicanti di fatto una efficacia diversa nella generazione dei fenomeni, è solo il punto di vista scelto dall'ossèrvatore quello, che permette di fare siffatte distinzioni. Perciò si dice nel testo, che un fatto costituente un anello della catena di fenomeni, che hanno preceduto e condizionato un determinato fenomeno, può apparire più importante degli altri, e non che lo sia, in ordine alla generazione di tal fenomeno. Nella realtà dei fatti tutti i fenomeni condizionanti hanno una importanza eguale rispetto al condizionato, nessuno di essi potrebbe staccarsi dalla serie senza infrangere il nesso di causalità. Se ad uno di essi si dà il nome di causa, e gli altri si considerano quali condizioni, che rendon possibile al fenomeno, che ha efficacia di causa, l'esplicazione della sua potenza, ciò dipende soltanto dalla specialità del criterio, che seguiamo nell'osservare, come si svolga l'azione combinata di queste forze concorrenti. Supponendo, ad esempio, che alcuno voglia provare la rispettiva abilità di un certo numero di tiratori, dovrà incominciare dal fornirli di armi per quanto sia possibile eguali, e farli sparare ad una medesima distanza, contro un medesimo bersaglio, dalla medesima posizione, con una medesima quantità di luce e col medesimo grado di quiete o di perturbazione atmosferica. Se invece vorrà provare la bontà rispettiva di armi diverse, continuando a cercare l'uniformità in tutto il resto, darà le diverse armi od a tiratori di eguale abilità o preferibilmente ad

personale all'uomo assume come coefficiente dell'evento dannoso, non può presentare difficoltà l'applicazione dei medesimi criterî ad altri casi.

Non è adunque l'indipendenza del vento dalla volontà del piantatore dell'albero quella, che fa sì, che egli non abbia a rispondere della morte prodotta dalla caduta del ramo; ma il non aver egli coordinata la piantagione dell'albero allo scopo di utilizzare la forza del vento per la realizzazione dei suoi disegni. E che sia veramente così, lo si deve ammettere, ove si pensi come potrebbe benissimo accadere, che taluno, per uccidere un altro, appositamente preparasse od accumulando sassi od altrimenti in una località ove di consueto imperversi il vento ed ove sa, che costui deve trattenersi, corpi pesanti in equilibrio instabile, per modo da dovere colla loro caduta uccidere chi nel momento, in cui essa si verifica si trovi nel terreno sottoposto.

Mentre quasi mai l'evento dannoso è direttamente prodotto dal fatto dell'uomo, non avviene molto di frequente, che esso sia generato dalla combinazione di una forza messa in movimento dal fatto dell'uomo con un'altra forza sopravvenuta ed indipendente da essa.

Ma comunque perchè la forza, di cui l'uomo ha provocata l'esplicazione sia produttiva di effetti, occorre sempre, che essa si svolga in condizioni favorevoli, il che poi rispetto al nesso causale equivale perfettamente al sopraggiungere di nuove forze, imperocchè rispetto alla produzione del risultato finale l'azione del vento, che rompe il ramo e la penetrabilità del panno, che lascia passare il proiettile, si equivalgono perfettamente, poco importando, che l' una sia una qualità permanente del panno, l'altra sia un fatto, che si ripete ad

---

un medesimo tiratore abbastanza esercitato, per rendere verosimile, che ogni tiro sia egualmente diretto. Ed allora mentre prima si considerava l'abilità del tiratore quale causa della vicinanza maggiore o minore fra il punto colpito e quello mirato, e tutte le altre circostanze nelle quali si svolgeva il tiro avevano soltanto il valore di condizioni, si considererà quale una condizione la circostanza dell'essere l'arma sparata più dall'uno che dall'altro, e quale causa dell'esattezza maggiore o minore del tiro si verrà a considerare la qualità dell' arma adoperata. Così successivamente potrà assumere il valore di causa la distanza fra il tiratore ed il bersaglio, la quantità della luce, la maggiore o minore tranquillità dell'atmosfera e genericamente ognuna delle circostanze, che influiscono sulla esattezza del tiro, quando per determinare il grado rispettivo della influenza da ognuna di esse esercitata, si eseguiscano i tiri mantenendo invariate, o, se si tratti di circostanze non modificabili dall'uomo, nei momenti in cui sono invariate, le altre circostanze e modificando, o nei momenti in cui è modificato, invece per ogni tiro il modo di essere della circostanza della quale si vuol determinare la potenzialità.

intervalli, dal momento che appunto si è verificato precisamente quando col suo verificarsi ha reso possibile, che la piantagione dell'albero finisse col diventar causa di morte.

Però se l'essere il soffio del vento un fatto incerto ed incostante non influisce sul modo, in cui si esplica la sua azione nei momenti, in cui realmente soffia, ciò influisce per altro sulla possibilità maggiore o minore di fare assegnamento sul verificarsi di tale fatto, per ottenere utilizzando la forza, che esso sviluppa, un determinato risultato.

E quindi mentre molti omicidi profittano della penetrabilità del panno, per compiere il misfatto, solo in via eccezionalissima potrà accadere, che taluno concepisca un disegno criminoso, nel quale figuri come parte integrante di esso il levarsi improvviso del vento ad un dato istante. Ma che ciò sia più o meno facilmente verificabile non importa per la esattezza del ragionamento. Ciò che importa si è, che ove si verificasse effettivamente, come se l' omicidio dovesse compiersi in una località, nella quale ad una data ora, che coincidesse colla permanenza in essa della vittima designata, abitualmente si manifestasse una forte perturbazione atmosferica, ipotesi non del tutto impossibile in siti alpestri, basterebbe aver disposte le cose in maniera da far concorrere questo avvenimento, per quanto non si avesse il potere di generarlo, alla produzione d' una catastrofe, per doverne rispondere. Il passaggio di un treno, quello di acque derivanti da un serbatoio, a cui in certe ore si dia libero sbocco, ed in genere qualunque manifestazione di forza indipendente dall' agente, ma da lui prevedibile, possono del resto fornir materia per la esposizione di esempî più verosimili a chi dia importanza alla verosimiglianza in un tema relativo non al modo di perpetrare i delitti, ma a quello di imputarli, quando siano di fatto perpetrati.

La regola formulata all' art. 45 del codice penale va dunque egualmente applicata al lato soggettivo ed al lato oggettivo dell'azione umana, e per decidere, se si debba rispondere penalmente di un dato evento non si ha che a ricercare, se l' autore del fatto, che lo ha, sia pure in modo mediato e col concorso o di condizioni favorevoli o di altre forze cooperanti con quella da lui posta direttamente in moto, provocato, lo abbia voluto come conseguenza del proprio modo di agire.

33. Questa regola è applicabile tanto ai fatti positivi, quanto a quelli negativi, e rispetto a questi riesce assai più chiaro, come i criterî, ai quali deve informare il suo giudizio il penalista, per decidere se un dato evento sia stato o no causato da un uomo, rie-

scano di necessità affatto diversi da quelli, a cui si informa il giudizio di chi si propone la stessa domanda sotto il punto di vista medico o fisiologico [1]).

L' inazione non produce alcun effetto; ma quando ad essa segua un evento dannoso prodotto da forze, delle quali si poteva impedire o neutralizzare l' esplicazione, il giurista considera questo evento come causato da chi è rimasto inerte. Il medico, come tale, non dirà certo, che il bambino morto d' inanizione, il palombaro morto d' asfissia siano stati uccisi dalla madre, che non ha allattato quello, dal compagno che non ha posti in movimento i meccanismi destinati a fornire a questo nuova aria respirabile; ma per il giurista tale madre e tale compagno sono omicidi, perchè essi si sono astenuti dall'agire, volendo, che si producesse quell'avvenimento, del quale agendo avrebbero impedita la verificazione.

Rispetto agli atti negativi riesce più difficile però che non rispetto a quelli positivi la distinzione fra volizione e desiderio.

Se alcuno sapendo, che altri si introdurrà furtivamente nel suo giardino o per rubare la frutta, che vi si trova, o per avere attraverso ad esso accesso alla casa, si procuri un cane assai vigoroso e fiero, e lo lasci libero nel giardino colla speranza, che il ladro o l'adultero sia attaccato ed ucciso da questa bestia, non si dirà, che egli ne abbia volontariamente cagionata la morte, per quanto risulti che ha agito non perchè annettesse valore al raccolto o per gelosia, ma per odio inveterato contro la persona, della quale prevedeva l' introduzione clandestina. E quindi anche se il fatto sia avvenuto di giorno, in luogo non isolato, costui non potrà punirsi, perchè l'uccisione avvenuta non gli si dovrà imputare, mentre se l'avesse prodotta esplodendo contro di lui un fucile, avrebbe dovuto sottostare alla pena risultante dalla combinazione del disposto del capoverso dell'art. 376 coll'art. 364 o, quanto meno, coll'art. 368. Ciò non dipende certo dall'essere la morte prodotta direttamente nell' un caso da un mezzo meccanico, nell' altro da un animale; perchè agli effetti giuridici non passa differenza fra l' uno e l'altro, nes-

---

[1]) Cio viene a torto disconosciuto dal BINDING, che inizia la sua trattazione dei delitti di commissione mediante omissione (assai acuta come di consueto, e rigorosamente logica nella discussione dei singoli casi) collo affermare (*Normen*, vol. 2, Lipsia 1877), che prima di decidere, come si possa delinquere mediante omissione, convien sapere, come si possa agire. Ma se il giurista può imputare l'omissione, i suoi ragionamenti non possono rendere nella realtà delle cose produttivo d'effetto ciò, che non esiste.

suno dei due essendo imputabile. Il risultato prodotto dal mezzo non imputabile va imputato a chi si è di esso valso per produrlo, e quindi si considera come direttamente perpetrato persino il reato commesso valendosi dell'attività di un irresponsabile [1]). Ma pel giurista mentre nell'ultimo caso si ha un risultato voluto, nel primo si ha soltanto un evento, che potrà benissimo corrispondere al desiderio dell' acquisitore del cane, che materialmente è stato prodotto dall'acquisto del cane, senza che però si possa dichiarare causato da questo.

L'esercizio dei proprî diritti può di fatto riescire pregiudizievole agli altri, ma esclude di per sè qualunque obbligo di risarcimento, e qualunque specie di responsabilità in chi lo ha compiuto. Per conciliare gli interessi degli uni con quelli degli altri il legislatore non attribuisce mai diriti illimitati [2]), ed il limite del diritto è segnato precisamente dal punto oltre il quale il pregiudizio causato ad altri col promuovere gli interessi proprî assume la qualifica di danno, ed implica una responsabilità giuridica.

L'esercizio del diritto pel giurista è fine a sè stesso. Non essendo tenuto chi vi procede a preoccuparsi delle conseguenze, che esso avrà per gli altri, nessuno ha il diritto di chiedergli conto dei fini ulteriori, che si riprometteva di raggiungere per mezzo di esso, e giuridicamente quindi è esso solo, che deve dirsi voluto, e non il risultato, che per mezzo suo si è provocato.

Ora il concetto del diritto, essendo positivo esso stesso, si riferisce più facilmente agli atti positivi, che non ai negativi, e quindi rispetto a questi si trova insegnato, che possono venire incriminati solo in chi aveva il dovere di agire, o, ciò che si equivale, quando chi fu pregiudicato dalla inazione aveva « *diritto esigibile all'azione omessa* » [3]).

Ciò però non è esatto. La mancanza al dovere di agire deve dal legislatore venire valutata in sè stessa, indipendentemente dalla preoccupazione delle conseguenze, a cui può dar luogo. Il pubblico ufficiale competente, che avuta notizia di una detenzione illegale,

---

[1]) Lo ricorda espressamente, riferendo anche in nota i passi nei quali dai più autorevoli scrittori viene professato tale insegnamento, il Guardasigilli nella sua relazione alla Camera dei deputati sul progetto del codice, nr. LVI, pag. 241 dell'ed. pubblicata a Torino, 1888.

[2]) Di ciò, fra le molte altre, si ha una prova nella definizione, che l'art. 436 del codice civile dà della proprietà.

[3]) CARRARA, *Programma*, Parte generale, Lucca, 1871, pag. 44.

omette, ritarda o ricusa di procedere per farla cessare o di riferire all'autorità, che deve provvedere (art. 151), si rende responsabile di un reato, anche quando la detenzione illegale sia cessata subito indipendentemente dal suo intervento, ma non diventa colpevole di omicidio, se il prolungarsi della detenzione in dipendenza della sua inerzia ha avuto per effetto la morte del detenuto. Per addossargli tale reato bisogna convincersi, che egli si è astenuto dall'intervenire volendo, che la detenzione si prolungasse tanto da riescir letale a chi la soffriva.

L' includere nella nozione del reato commesso mediante atti negativi l'estremo del dovere di agire o quello equivalente del diritto nella vittima del reato a che si agisse, equivale alla inclusione, dalla quale tuttavia ognuno si guarda, nella nozione del reato commesso mediante atti positivi del dovere di non agire o del diritto nella vittima del reato di non veder compiuta l' azione, per mezzo della quale il reato fu consumato.

Ora questo dovere e questo diritto nella generalità dei casi di per sè non sussistono: vengon posti in essere dalla coordinazione dell'atto compiuto al risultato dannoso. Perchè uno sparo sia incriminato non occorre, che esso si verifichi in località, nella quale chi potrebbe venirne offeso abbia diritto, come sarebbe nella sua abitazione od in un terreno, pel quale abbia fatto divieto di caccia, che non si spari.

È solo il diritto positivo ad agire quello, che esclude in chi ha agito la responsabilità per le conseguenze pregiudizievoli dell'azione.

E similmente nei reati prodotti mediante omissione, si deve dire, che essi sono esclusi dal diritto positivo di non agire, e non già che il dovere di agire costituisca uno dei loro estremi.

In pratica chi vuol veder morto alcuno molto difficilmente si troverà in condizione di potere ottenere il suo intento collo astenersi da un qualche atto, che avrebbe impedito l'esito letale, e chi vuole impadronirsi della cosa altrui dovrà molto probabilmente continuar sempre a desiderarla, se aspetta, che il proprietario stesso venga in casa sua e ve la dimentichi: quindi la sostituzione dell'una all'altra formula ha una importanza prevalentemente teorica. Per altro è nei casi di rara verificazione, e che come tali nè sogliono essere preveduti specificatamente dal legislatore, nè possono provocare un numero di sentenze sufficiente a costituire giurisprudenza, che più si suole deferire alle opinioni degli scrittori, e quindi non si tratta certo di una questione puramente accademica.

Chi riceve alcuno in casa sua non ha punto il dovere giuridico di

vegliare, affinchè egli nulla dimentichi, nè quello di avvertirlo della incorsa dimenticanza, quando essa si verifichi, ma non ha neppure il diritto di tacere, se della dimenticanza si avveda. Dato adunque che il visitatore estragga un biglietto di banca, lo deponga sopra un tavolo, ed andandosene ve lo lasci, non si avrà per parte del padrone di casa, che se ne è accorto, la violazione di un dovere, al quale corrispondesse un diritto esigibile. Ma se il silenzio sia preordinato allo scopo di impadronirsi del biglietto dimenticato, colla persistenza in esso fino al momento in cui il visitatore abbandona la camera, nella quale il biglietto si trova, si ha la consumazione del furto, e se il padrone di casa tornando dall'accompagnare l'incauto visitatore più non trova il biglietto, che nel frattempo è stato involato da un altro o portato via dal vento, si dovrà dire, che egli ha perduta la cosa rubata subito dopo d'essere riuscito ad impossessarsene, e non che gli sia mancata l'occasione di commettere il furto [1]).

Colui, che possiede un apparecchio elettrico abbastanza potente per fulminare chi incautamente lo toccasse, non ha il dovere di porre nell'avvertenza chiunque acceda in casa sua, dato che lo abbia custodito in modo da impedire, che possa essere toccato inavvertitamente. E quindi se un indiscreto od un ladro profittino della sua momentanea assenza, per aprire con una chiave falsa, o colla chiave vera trovata in qualche cassetto, l'armadio, nel quale tale pericoloso ordigno si trova, egli non incorrerà in alcuna responsabilità per la morte avvenuta, giacchè essa non si collega con un suo fatto imprudente e non dipende dalla violazione di qualche suo dovere, nella quale sia incorso. Ma per altro il diritto di non palesare ad alcuno l'esistenza dell'apparecchio non può essere vantato dal proprietario di esso. E quindi dato, che egli assista inosservato all'esecuzione degli atti compiuti per soddisfare una villana curiosità o per rubare, e lasci, che essi si svolgano, perchè o per un esagerato risentimento concepito

---

[1]) Se di questo caso si dovesse giudicare in base alle opinioni del CARRARA non si potrebbero riscontrare nel fatto gli estremi del furto, mancando quella traslazione da luogo a luogo, che secondo lui (v. *Programma,* Parte speciale, vol. V, Prato, 1889, pag. 19 e seg.) ne è uno degli elementi costitutivi. Ma giudicandone in base al codice penale italiano furto vi è, perchè coll'ottenere mediante il malizioso silenzio, che il proprietario del biglietto se ne sia andato lasciandolo nella camera sua, il padrone di questa è riescito ad impossessarsene, nè si potrebbe voler applicare anzichè l'art. 402 il 420 al n. 3, perchè di errore del proprietario si può parlare solo quando si ha una consegna dipendente da erronee supposizioni, non quando ogni consegna manca, e di caso fortuito, quando la volontà di chi è riescito a mettersi al possesso della cosa altrui non abbia influito sulla verificazione del caso produttivo del possesso.

sull'istante o per odio preesistente vuole la morte di quel disgraziato, dovrà rispondere di omicidio.

Il diritto oggettivo attribuisce la facoltà di fare alcuni determinati atti, come ad esempio quella conferita al proprietario del suolo dall'art. 447 del codice civile di far costruzioni al disopra e al disotto del suo fondo, e di farvi piantagioni al disopra, scavamenti al disotto: ed altresì la facoltà di astenersi dal fare alcuni determinati atti, come ad esempio quella conferita al proprietario dall'art. 438 dello stesso codice di non cedere la cosa sua e non permettere, che altri ne faccia uso.

Chi si prevalga di alcuna di tali facoltà non è tenuto a rispondere del pregiudizio, che ad altri ne è derivato, e di lui non può dirsi agli effetti giuridici, che questo pregiudizio abbia voluto. Chi possiede una quantità, sia pure eccedente ogni suo eventuale bisogno, di siero antidifterico o di altra sostanza atta a scongiurare il pericolo della morte, da cui alcuno sia minacciato, se rifiuta di cederla ai congiunti del malato, per quanto possa farlo mosso dal desiderio, che questo infelice soccomba, ha voluto prevalersi del suo diritto, e non è tenuto a dar conto ad alcuno dei motivi, che lo hanno indotto a ciò volere.

Analogamente il diritto oggettivo interdice senz'altro l'esecuzione di taluni atti, come il taglio degli alberi di alto fusto non sparsi per la campagna per parte dell'usufruttuario (*codice civile,* art. 487); ed impone l'esecuzione di taluni altri, come quella delle riparazioni ordinarie per parte dell'usufruttuario (*codice civile,* art. 501).

Ma vi è poi una infinità di atti e di omissioni costituenti come una zona neutra fra ciò che si ha diritto di fare e quello, che non si ha diritto di fare, che sono leciti od illeciti a seconda dello scopo, cui vengano indirizzati.

Degli atti, che non siano vietati da alcuna legge o da alcun regolamento, e delle omissioni che non offendano alcun diritto esigibile non può dirsi in tesi assoluta, che chi compie quelli od incorre in queste agisca legittimamente. Del proprio diritto si può valersi fin dove esso giunge: della libertà di fare o di non fare lasciata dal diritto oggettivo si può valersi soltanto in coerenza allo scopo, pel quale essa viene accordata, che sta nel concedere ad ognuno quella esplicazione dell'attività propria, che non riesca pregiudizievole ai terzi [1]).

---

[1]) Nel diritto inglese, che se difetta di elaborazione scientifica, si mantenne per altro appunto per questo immune dagli errori dipendenti dal sostituire alla

Quando però si voglia procedere all'imputazione dell'omissione non considerata in sè, ma come causa di un danno, che si sarebbe evitato agendo, bisogna distinguere fra l'omissione dipendente dalla positiva deliberazione di non agire e quella dipendente dal non essersi pensato alla opportunità di agire, ed alla prima soltanto si deve limitare l'imputazione. Ed invero siccome in questi casi l'omissione si considera quale estrinsecazione della volontà di veder realizzato quel sinistro, che agendo si impedirebbe, bisogna riferirsi ad una esplicita deliberazione dell'inerte, salvo ad arguirla, trattandosi di cosa, che sfugge all'osservazione diretta, dal complesso delle circostanze esteriori.

34. Alla enunciazione della regola della volontarietà il legislatore ha creduto bene di accompagnare l'avvertenza, che essa non è tale da sfuggire alla possibilità di qualunque eccezione.

Si dice nell'art. 45, come un fatto possa essere posto a carico di alcuno, quale conseguenza della sua azione od omissione, altrimenti che per averlo voluto.

Quando il fatto non voluto fa sentire la sua influenza soltanto sulla quantità della pena, ipotesi che si verifica nell'omicidio preterintenzionale (art. 368) ed in molti altri reati, riesce più agevole comprendere, come non ostante la dichiarazione del legislatore in realtà non si tratta di una deroga alla regola, che fa consistere l'imputazione nell'accertamento dell'elemento della volontarietà. Non può invero in tali casi dubitarsi, che il fatto costituente il delitto siasi voluto dall'agente; l'evento ulteriore non voluto ha soltanto il carattere di circostanza aggravante; e chi sappia distinguere l'imputazione del reato dall'apprezzamento della sua gravità non può meravigliarsi, che su tale apprezzamento possa influire anche la considerazione di danni verificatisi, sebbene non voluti.

Ma, sebbene ciò non apparisca altrettanto chiaro, neppure quando l'evento non voluto diventa propriamente condizione dell'applicazione d'una pena in genere, si verifica una effettiva eccezione alla regola, e solo si ha assieme all'applicazione normale di essa, che passa inosservata, l'applicazione simultanea di una regola diversa.

Perchè possa propriamente parlarsi di pena occorre sempre ed in ogni caso, che l'applicazione del male, che designiamo con questo nome, si colleghi alla perpetrazione di un fatto volontariamente com-

---

considerazione diretta dei rapporti, che si tratta di regolare, argomentazioni scolastiche, non si fa distinzione alcuna (v. STEPHEN, *A digest of the criminal law*, Londra, 1887, pag. 158) fra azione ed omissione, come mezzi eventuali di perpetrazione del reato di omicidio.

piuto ed ingiusto. Ma se la giustizia sarebbe offesa, ove la pena si applicasse indipendentemente dal verificarsi di una tal condizione, essa non esige però, che tutti coloro, i quali hanno commesso volontariamente un fatto ingiusto siano puniti. Quindi in taluni casi la legge fa dipendere l'applicazione della pena all'autore del fatto volontario ed ingiusto dalla circostanza indipendente dalla sua volontà, che il fatto da lui compiuto abbia poi prodotte determinate conseguenze dannose. In questi casi propriamente l'evento verificatosi all'infuori della volontà dell'agente non ha già l'effetto di farlo assoggettare ad una pena immeritata; esso fa sì, che costui debba sottostare alla pena proporzionata al fatto ingiusto da lui volontariamente compiuto, mentre altri di lui più fortunati non soggiacciono ad alcuna pena, sebbene abbiano eseguito un fatto simile, perchè il loro fatto non ha causato quell'ulteriore evento dannoso, alla cui verificazione la legge subordina la punibilità.

35. È allora, che si parla di *colpa* e di responsabilità penale in ragione di *colpa*, ma in realtà la responsabilità si fonda sempre sulla volontarietà e sull'ingiustizia dell'azione compiuta, salvo poi ad essere o no legittimata l'irrogazione della pena a seconda dell'esito infausto od innocuo, che abbia avuto l'azione, della quale si è responsabili.

I reati comunemente designati mediante la qualifica di *colposi* si distinguono pertanto dagli altri non in ragione di una diversità, che si riscontri nel loro elemento soggettivo, ma per la specialità della loro costruzione giuridica, che influisce solo sulla estensione, non sulla qualità, dell'elemento soggettivo. Essi non possono dirsi posti in essere dal caso, perchè a costituirli concorre un atto volontario; ma il caso influisce sulla loro costituzione, perchè se il fatto volontario riesce innocuo, esso non viene incriminato. In essi l'imputazione non si estende a tutte le circostanze costituenti il reato; ne riman fuori l'elemento del danno, del quale si risponde penalmente, sebbene non si verifichino le condizioni, che ne rendano possibile l'imputazione.

È però solo la parte speciale quella, che permette di conoscere quali reati presentino tale anomalia, come fa conoscere quelli, che presentano l'anomalia analoga, e diversa solo per la minore intensità, di essere, se non costituiti, accompagnati da circostanze influenti sulla entità della pena sebbene esorbitanti dalla imputazione.

Nella parte generale non si può che esporre la regola generale, che è quella della estensione della imputazione a tutti gli elementi, sia costitutivi del reato, sia modificativi della sua entità, che non sono dal legislatore in modo espresso esclusi da essa col valutarli agli effetti penali indipendentemente da qualsiasi riferimento alla volontà dello

agente; e della regola generale indicare la ragione, che sta nella necessità di mantenere fra il reato e la pena uno stato di parallelismo consono al rapporto di causa e di effetto, che intercede fra questa e quello, onde essendo la pena destinata ad influire sull'umana volontà conviene, che il reato dalla volontà umana proceda; della deviazione della regola stabilire la giustificazione ed il limite. L'una si ha nella mancanza di corrispondenza, che di fatto talora si manifesta fra il contenuto delle volizioni umane ed i risultati prodotti dagli atti voluti; l'altro vien dato dalla regola ulteriore, che il risultato non voluto deve provenire da un fatto volontario ed ingiusto, affinchè possa stabilire una responsabilità penale a carico di chi l'ha prodotto.

SEZIONE II.

Dell' imputabilità dell' agente

CAPITOLO I.

Nozione dell' imputabilità dell' agente.

36. Le restrizioni a cui la società sottopone l'uomo non provengono tutte dalla irrogazione di pene, e quindi non hanno bisogno di venir tutte giustificate dalla perpetrazione per parte di chi le subisce di un fatto volontario ed ingiusto, ed alcune possono venir adottate anche verso persone non imputabili.

La differenza fra le une e le altre non concerne gli effetti materiali, che esse rispettivamente producono, ma dipende dalla qualità della causa, che le fa adottare, e questa poi influisce sulle norme, che ne regolano l'adozione.

La segregazione del pazzo non dipende da che egli abbia già fatto male ad alcuno, ma è diretta sia ad evitare, che nuoccia a sè od agli altri, sia a cercar di guarirlo. Essa dovrà quindi durare quanto la sua malattia, e nell'ordinarla [1]) si dovrà tener conto solo della effettiva sussistenza di questa, e non delle cause, che l'hanno provocata.

---

[1]) L'ordine di custodia veramente in tanto vien dato dalla pubblica Autorità (che nel caso concreto è quella di pubblica sicurezza), in quanto la famiglia non provveda direttamente a custodire il pazzo. L'art. 478 del codice penale non è

La pena vien comminata contro chi commetta un fatto, che a seguito di tale comminazione assume la qualifica di reato. La sua durata e le modalità della sua espiazione van quindi determinate in base alla considerazione della natura del fatto commesso, e la sua irrogazione dipenderà dalla constatazione della perpetrazione del fatto costituente reato.

Comune a tutti i reati è l'elemento della volizione cosciente, ma la volizione si incrimina per osteggiarne la formazione. Quindi soggetti possibili di reato saran quelli soltanto, sulla cui volontà può esercitare una influenza la consapevolezza della responsabilità penale, a cui l'adottare una data volizione li espone, ed andranno incriminate solamente quelle fra le volizioni di costoro, sulla cui genesi tale consapevolezza può influire.

È affatto vana pel giurista la ricerca delle modalità dell'esplicazione dell'attività ferina diretta a conoscere, se sopra di essa possa influire la consapevolezza, che le belve abbiano di piacere o dispiacere ad altri agendo o non agendo in un dato senso. Gli animali diversi dall'uomo son cose e non persone, oggetto e non soggetto del diritto. Le nostre forze, la nostra volontà ed il rispetto pel diritto di altri uomini determinano la misura dei castighi, che infliggiamo alle bestie, e non considerazioni, che ad esse direttamente si riferiscano. Un processo penale contro una bestia non ha senso, non già perchè come volgarmente si pensa non essendo la bestia dotata di libero arbitrio non possa commettere male morale, e sia quindi ingiusto retribuire con sofferenze inflittele quelli fra gli atti da essa compiuti che son riesciti materialmente dannosi, ma perchè indipendentemente da qualunque processo e da qualunque mancanza da essa commessa, noi siamo padroni [1]) di mutilarla, ucciderla, infliggerle tutto

---

applicabile infatti alle persone colle quali l'alienato conviveva prima d'essere colto dalla malattia mentale, e queste non hanno per l'attuale nostro diritto (intorno alle sue deficienze v. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, parte II, Verona, 1894, pag. 527 e seg.) neppure il dovere di informare del fatto la pubblica Autorità, salvo col non informarla ad esporsi all'eventuale pericolo e di venir chiamate a rispondere dei danni cagionati per insufficienza di custodia dall'infermo, e di poter essere incolpate per privazione illegittima di libertà personale (art. 146).

[1]) Ciò rilevava STRYKIO (*De poenis impuberum*, disp. XXII, vol. IV, col. 1011 e seg. della raccolta delle opere sue e del figlio edita a Firenze, 1838, cap. II, nn. 66-78), respingendo l'argomento, che dalla comminazione di pene contro le bestie si sarebbe potuto trarre per legittimare la comminazione di pene contro i bambini, e non già tentava di *giustificare la pena capitale negli animali*, come erroneamente si afferma da DEL GIUDICE (*I processi e le pene degli animali*, a pag. 371

quel male, che non ripugna alla nostra sensibilità, purchè non veniamo con ciò a ledere diritti dei nostri simili. E di tale facoltà gli uomini, come animali carnivori, quotidianamente e largamente si prevalgono.

Solo l'uomo è imputabile non perchè l'uomo sia l'unico animale capace di compiere un atto e di astenersene in ossequio alla volontà altrui, ma perchè il diritto è cosa esclusivamente umana e destinata a vantaggio esclusivo dell'uomo.

Il diritto penale oggettivo poi non rappresenta il compendio dei mezzi escogitati dalla società per difendersi da chi la attacca, come erroneamente presuppongono gli avversarî dell'attuale indirizzo delle discipline penali, ma una misura, che la società impone a sè stessa nell'uso, che fa contro i suoi aggressori della prevalenza delle proprie forze. E solo in quanto la forza sia esplicata di fronte ad enti dotati di diritti, si può doverle assegnare limiti più ristretti di quelli determinati dalla estensione sua e dal tornaconto di chi l'adopera.

37. L'osservazione del modo, in cui si esplicano le funzioni volitive, acquista pertanto importanza giuridica solo in quanto si riferisca alle volizioni umane.

La volizione non in tutti gli uomini, ed in nessuno sempre, è la conseguenza di una deliberazione, che ponga termine alla considerazione ed alla rispettiva valutazione dei varî effetti, che proverranno dall'adottarla e dal non adottarla e dall'adottare una volízione diversa. Nè le deliberazioni, che precedono le volizioni, sono tutte egualmente ponderate e mature. Dalla ponderazione pacata, ripetutamente istituita, illuminata da indagini proprie, agevolata da molteplici pareri di persone competenti noi procedendo per gradi insensibili verso una minor complicazione finiamo col giungere ad una riflessione così rapida e fuggevole da passare quasi inosservata a quello stesso, che l'ha fatta.

Alla considerazione della possibilità di queste varie alternative si ispira la quadruplice divisione della volizione cosciente proposta dal Carrara [1]) all'effetto di far corrispondere ad ognuna delle specie, nelle quali in concreto la volizione si può, secondo lui, presentare, un grado diverso di responsabilità.

La responsabilità massima si avrebbe colla *premeditazione, nella*

---

del vol. II della pubblicazione fatta a Napoli, 1899, pel 50.° anno d'insegnamento di Pessina) con riferimento ad un passo (*ad IX, II diz.*), indicato in modo poco conforme alla distribuzione delle opere sue.

[1]) *Programma,* Parte generale, Lucca, 1871, pag. 165 e seg.

quale concorre la freddezza del calcolo e la perseveranza nel malvagio volere mercè l'intervallo passato tra il determinare e l'agire; ad una responsabilità minore darebbe luogo la semplice *deliberazione, nella quale ricorre la perseveranza nel malvagio volere, non la freddezza dell'animo;* minore ancora sarebbe la responsabilità dipendente dalla *improvvisa risoluzione, nella quale ricorre la freddezza dell'animo, ma non la perseveranza nel reo proposito;* e nella responsabilità minima finalmente si incorrerebbe a causa della *cieca passione, ove non ricorre nè la calma dello spirito, nè l'intervallo fra la determinazione e l'azione.*

Freddezza dell'animo è una frase metaforica, e le metafore se aggiungono leggiadria al discorso, possono facilmente ingenerare confusione nella trattazione degli argomenti scientifici. Quindi a chi vuol ricercare, se siano fondate distinzioni siffatte, conviene incominciare dal sostituire ad essa una formula, che direttamente ed in modo proprio e non figurato indichi quello stato psichico, il cui valore giuridico si vuole accertare. Ma accingendosi a farlo tosto si scorge, come non si tratti d'uno stato così facilmente determinabile, quanto quella frase, che comunemente si usa, come se il concetto espresso a mezzo di essa fosse ben chiaro e preciso, farebbe supporre. Secondo lo stesso Carrara [1]) non occorre, perchè si abbia il grado massimo di responsabilità penale, che l'azione imputata si sia compiuta in uno stato d'animo pacato e tranquillo. Non a tutte le cause di perturbazione della quiete dell'animo si attribuisce altresì l'effetto di menomare la responsabilità incorsa per le azioni compiute sotto la loro influenza: tale efficacia si riconosce soltanto in quelle fra esse, che si manifestano sotto la forma d'una *passione cieca.* E di nuovo tale limitazione ci conduce nel regno delle metafore. Le passioni si vogliono [2]) distinguere in *cieche* e *ragionatrici* a seconda, che siano *mosse dall'aspetto di un bene* od *eccitate dall'aspetto di un male.* Ma in realtà il verificarsi o no della perturbazione della facoltà di ragionare e l'intensità maggiore o minore della perturbazione verificatasi dipendono non dell'essere un bene od un male la causa dello eccitamento, ma dal temperamento di chi soggiace all'eccitazione e dalle condizioni, in cui questa si manifesta. La lascivia e la cupidigia possono ottenebrare la mente dell'uomo non meno gravemente di quanto lo possano l'ira ed il timore: è solo ponendo mente al modo

---

[1]) *Programma,* Parte generale, Lucca, 1871, pag. 212.

[2]) CARRARA, *Programma,* Parte generale, Lucca, 1871, pag. 204.

d'agire di chi ha ceduto a queste passioni, che si riesce a conoscere, se e fino a qual punto la prospettiva del bene agognato o del male temuto ed il dolore del male sofferto abbiano alterata la facoltà di ragionare.

Sicchè chi parla di freddezza d'animo in tema d'imputabilità si riferisce così a quello stato di tranquillità psichica, che concede a chi ne gode di apprezzare secondo il loro giusto valore ed i varî motivi d'agire ed i varî effetti delle sue azioni eventuali, come agli stati di perturbazione psichica dipendenti da sentimenti non di ripulsione, ma di attrazione.

Ancor meno facilmente determinabile è il concetto del quarto grado della volizione cosciente, o, come dice Carrara, del *dolo,* costituito dalla *cieca passione.* Perchè esso si abbia occorre anzitutto, che la cecità prodotta nell'animo dell'uomo dalla passione non arrivi a tal punto da togliergli la conoscenza della illeceità dell'atto, che sotto il suo impulso si sta per compiere. Infatti tale conoscenza costituisce secondo il Carrara [1]) uno degli estremi del *dolo,* e siccome la *cieca passione* è pur sempre un grado, per quanto infimo, del *dolo,* occorre, che anche in essa si riscontrino gli elementi, che ad integrare il *dolo* son necessarî. Inoltre la passione deve *essere, almeno apparentemente, giusta;* ossia, giacchè propriamente le passioni non possono distinguersi in giuste ed ingiuste, deve essere ingiusto l'atto, che l'ha eccitata.

La distinzione fra *l'improvvisa risoluzione* e la *cieca passione* si riferirebbe quindi piuttosto ad un elemento giuridico, che non ad un carattere psicologico, e per decidere, se siasi verificata questa o quella, bisognerebbe por mente non tanto allo stato d'animo dell'agente, quanto ai fatti, che lo hanno determinato ad agire.

Si tratta pertanto di distinzioni, che non appariscono a chi le esamini da vicino abbastanza nitide e precise, per poter essere molto agevolmente utilizzate. Comunque ciò, che importa, è vedere, se esse abbiano fondamento giuridico, ossia se realmente debba attribuirsi rilevanza giuridica alla genesi della volizione, o se invece il giurista debba di regola generale, e salvo per taluni reati a tener conto di talune fra le molteplici occasioni, da cui possono essere stati provocati, astrarre dalle modalità della elaborazione della volizione imputata.

Tendendo gli studî giuridici non alla conoscenza astratta di verità psicologiche o d'altro qualsiasi genere, ma alla determinazione di regole consone alle esigenze della convivenza sociale, bisogna, che chi

---

[1]) *Programma,* Parte generale, Lucca, 1871, pag. 61.

si propone un tale quesito incominci dal domandarsi fino a qual punto in pratica sia possibile al giudice venire a conoscenza della genesi della volizione. Perchè l'attribuire ad un fatto valore giuridico a nulla rileva, se non si pensa anche al modo di constatarne giudizialmente l'esistenza.

Ora degli altrui atti interni noi possiamo venire a conoscenza solamente in quanto abbiano una manifestazione esteriore: il movimento fatto per colpire il nemico o per impossessarsi d'un oggetto altrui ci appalesano la volizione omicida o furace. La deliberazione precedente la volizione può effettuarsi senza che esteriormente ne apparisca alcun segno, in quanto chi la istituiva, nè abbia ricorso per risolversi al parere di altri, nè abbia lasciata scorgere ad alcuno l'incertezza, che lo travagliava. Del resto anche quando e taluno sia stato consultato, ed indipendentemente dalla volontà dell'irresoluto altri si avveda e della sua indecisione e del momento in cui questa cessa, per essersi adottata la risoluzione criminosa, molto difficilmente le traccie di tali fatti, che si svolgono nell'ambiente dei famigliari del colpevole, possono venir raccolte dall'autorità giudiziaria.

Sicchè ove effettivamente si disponesse, che la responsabilità dell'agente va graduata a seconda delle condizioni, nelle quali si è svolta la deliberazione precedente la volizione criminosa, mancando al giudice il modo di conoscere tali condizioni, non si farebbe che introdurre un nuovo coefficiente di incertezza e di arbitrio nel campo della giustizia penale.

Ma non solo deve negarsi alle modalità, che hanno accompagnato il giudizio d'apprezzamento sui varî motivi d'agire chiusosi colla deliberazione criminosa, il valore di elementi modificatori dell'imputabilità: neppure va subordinata l'imputabilità alla condizione, che siffatto giudizio sia stato istituito.

Ove occorresse persuadersi, che una volizione è stata preceduta dalla considerazione dei motivi, che avrebbero potuto indurre ad adottarne una diversa e dal contrapposto di tali motivi a quelli, che l'hanno fatta adottare, per poter chiamare il suo autore a risponderne penalmente, dovrebbe annoverarsi tale esame fra le condizioni della imputazione e non fra i fattori dell'imputabilità. Ed invero l'imputabilità è attitudine a rispondere penalmente e per determinare tale attitudine deve tenersi conto di ciò, che l'uomo era capace di fare, e non di ciò, che ha fatto.

38. È la capacità di procedere a questo esame, e non la sua istituzione effettiva quella, che costituisce una delle condizioni della imputabilità.

È ad essa, che si accenna nell'art. 46 dichiarando non punibile colui, che nel momento in cui ha commesso il fatto era in tale stato di infermità di mente, da togliergli la libertà dei proprî atti. Qualunque sia il concetto, che noi ci formiamo di questa libertà, dobbiamo riconoscere, che l'estrinsecazione di essa si ha in un giudizio sui varî motivi d'agire, e che la possibilità di istituire questo giudizio la costituisce: la varietà delle opinioni individuali intorno alla sua vera natura non può influire, che sulla determinazione delle condizioni, nelle quali questo giudizio si svolge.

Gli atti automatici e riflessi incominciano dal non essere preceduti da tale giudizio, perchè non sono voluti; ma neppure tutti gli atti voluti lo sono. Fra essi gli istintivi e gli impulsivi si compiono non per la prevalenza, che un motivo d'agire esercita sugli altri, ma per l'azione esercitata sulla volontà da un motivo unico.

La linea di demarcazione fra gli atti istintivi ed impulsivi da una parte e quelli preceduti da un paragone fra i motivi favorevoli ed i contrarî dall'altra è ben lungi dall'essere fissa e costante. L'abitudine può finire col far compiere impulsivamente un atto, la cui esecuzione era le prime volte preceduta da lunga perplessità: esso può diventare istintivo, quando la predisposizione a compierlo dipendente dalla sua ripetizione si trasmetta dall'una all'altra generazione: un maggiore sviluppo delle facoltà psichiche può far vincere le forze dell'istinto e dell'impulso, e quando in seguito si ritorni a compiere un atto che prima era istintivo od impulsivo, ma dal quale tuttavia in talune circostanze, che ne avrebbero implicata l'esecuzione, ci siamo trattenuti, esso assume il carattere di atto libero.

La libertà intesa come capacità di far precedere all'esecuzione di un atto un confronto fra le ragioni, che stanno per essa e quelle che la osteggiano, può essere adunque oltre che dalle malattie mentali tolta dall'abitudine.

Certo è assai difficile, che fatti delittuosi vengano ripetuti con tanta frequenza, da farne diventare impulsiva od istintiva l'esecuzione: bisognerebbe riferirsi, per rendere verosimile tale ipotesi, ad una legislazione, che incriminasse il turpiloquio, la bestemmia od altri simili atti, che anche quando siano dichiarati punibili dal legislatore di fatto vengono solo eccezionalmente denunziati all'autorità giudiziaria e puniti.

Comunque ove questa ipotesi si verificasse, gli atti che psicologicamente devono dirsi voluti, ma non propriamente liberi, perchè la loro esecuzione non è stata preceduta da riflessione alcuna, dovrebbero considerarsi come volontarî agli effetti giuridici, e penal-

mente imputarsi. Tale soluzione di fronte al diritto positivo è imposta dalla limitata e tassativa enumerazione delle cause esclusive della imputabilità: non imputabile è chi ha perduta la libertà per malattie, non chi l'ha perduta per riprovevoli abitudini contratte.

Essa razionalmente è giustificata dalla considerazione della differenza, che passa fra l'imputabilità e l'imputazione. Per imputare un fatto come reato, occorre, che in esso si riscontrino tutti gli elementi, che del reato sono costitutivi: fra questi vi è quello della volontarietà, e non quello della libertà.

È per dichiarare alcuno imputabile, che si richiede, che egli sia capace di compiere atti liberi: ma della esistenza di tale capacità si deve giudicare in astratto, e non in concreto, poichè se noi ci riferiamo ad ogni singolo reato compiuto, la ricerca perde ogni importanza, tanto valendo aver perduta la libertà di astenersi dal compiere un determinato atto in determinate circostanze a furia di averlo in un numero grandissimo di circostanze simili ripetuto, quanto il non essere stati capaci, pur non avendone ancora contratta l'abitudine, di astenersi da esso.

In questo secondo caso l'esecuzione dell'atto riesce meno facilmente spiegabile, ma se noi ci studiamo di spiegarla, sempre dovremo collegarla ad un complesso di condizioni che, alla pari della abitudine, non si sarebbero verificate, se in precedenza l'agente avesse operato altrimenti, ma che in quel dato istante non potevano, come il fatto ha dimostrato, non produrre l'esecuzione del reato.

Ma se anche gli atti non liberi, purchè essi non siano tali a causa della malattia mentale che affligge il loro autore, sibbene perchè istintivamente od impulsivamente compiuti, dovrebbero venire penalmente imputati, qualora si avesse una legislazione, che incriminasse fatti così semplici quali quelli, che l'istinto e l'impulso non provocante una riflessione son capaci di farci compiere, sarebbe ben strano, che dovessero influire sulla responsabilità penale le modalità della deliberazione precedente la volizione, nei casi in cui essa effettivamente la precede.

39. Dal diritto positivo di regola generale si tien conto o per incriminarla o per aumentare o diminuire in base ad essa la responsabilità penale dell'esecuzione volontaria di un fatto, non della sua volizione: e quindi tanto meno si trova fatto riferimento alle condizioni, nelle quali la volizione si effettua.

Fanno eccezione a questa regola gli articoli 134, 181, 190, n. 2, 225, 248, 256 n. 3, 257, 258, 366 n. 2 e 373 capov. Di questi però solo gli ultimi due si riferiscono alle modalità della genesi della vo-

lizione: gli altri si riferiscono ad essa o per incriminarla (art. 134 e 248) o per dichiarare la sua verificazione o non verificazione, elemento costitutivo di un dato reato (art. 181, 225, 256 n. 3, 257 e 258) o circostanza aggravante di esso (art. 190 n. 2).

Il n. 2 dell'art. 366 ed il capoverso dell'art. 373 dichiarano invece circostanza aggravante dei delitti d'omicidio e di lesione personale l'essersene premeditata l'esecuzione, ossia l'essersi concepita la risoluzione di commetterli in un tempo apprezzabilmente anteriore a quello, nel quale la si è effettuata, perseverando poi in questa risoluzione nell'intervallo, ed essendo nel frattempo scevri da perturbamento d'animo dipendente da ingiusta provocazione.

Qui non è il caso di discutere sulla convenienza d'una disposizione siffatta: basta il rilevare, come volerla estendere a tutti indistintamente i reati, nel senso di considerare come meno gravi quelli, nei quali essa non ricorre, e consigliare il giudice ad infliggere spaziando nei limiti consentiti alla esplicazione del suo arbitrio dal legislatore, agli autori di essi una pena meno grave, sia affatto arbitrario.

Chi ruba un giorno, una settimana, un mese dopo d'averne concepito il proposito non commette affatto un reato più grave di chi ad un tempo e concepisce la risoluzione di rubare e l'effettua. L'intervallo fra la risoluzione e l'esecuzione può denotare talora una maggior tenacia di proposito; altre volte, ed in pratica la maggior parte delle volte, indica una risoluzione meno energica. Le risoluzioni, che non si eseguiscono, per lo più sono risoluzioni apparenti, son desiderî: è solo in quanto conduce ad agire, che la volizione afferma la propria esistenza.

Col verificarsi dell'azione volontaria la volizione si esplica in tutta la sua pienezza: tutte le volizioni, che hanno condotto ad agire, sono egualmente perfette: ogni distinzione fra esse basata sul tempo occorrente per la loro formazione o sulla considerazione di qualunque altra modalità della sua genesi mentre è destituita di verità nel campo psicologico, è priva di fondamento razionale in quello giuridico. Chi per delinquere non ha bisogno di riflettervi, non è punto individuo meno pericoloso di chi ha riflettuto lungamente sul reato, che poi di fatto ha consumato.

Son graduabili le cause di perturbamento della libertà d'agire; l'uomo la raggiunge gradatamente; ma graduabile non è l'imputazione della volizione umana.

CAPITOLO II.

Cause di esclusione e di diminuzione dell'imputabilità dell'agente.

§ 1.

Osservazioni generali sulle cause di esclusione e di diminuzione dell'imputabilità dell'agente.

40. Concepita la libertà quale una facoltà di determinarsi resistendo agli impulsi dei sensi e delle passioni e seguendo la voce della ragione è chiaro, come essa non sia in primo luogo inseparabile dalla natura umana per modo, che chiunque appartiene al genere umano ne debba essere fornito e come poi anch'essa non possa a meno d'andare soggetta a quella infinità di gradazioni, a cui sottostanno tutte le doti dell'uomo.

Da ciò, che il legislatore mette a base della imputabilità la libertà interna dell'uomo, col fondare l'imputazione sull'uso, che di questa libertà si faccia mediante la volizione, non deriva però, che alla indefinita graduabilità della libertà debba far riscontro una corrispondente gradazione nella misura dell'imputabilità penale.

Come non si potrebbe ripetere mai abbastanza, perchè troppa è la facilità con cui ciò si dimentica da molti, l'amministrazione della giustizia penale tende a soddisfare bisogni pratici, e deve essere organizzata per modo, da riescire in pratica semplice e sicura quanto più sia possibile.

Il legislatore non può ragionevolmente aspirare a far corrispondere le sue comminazioni penali alle singole modalità del caso, cui si riferiscono, con una proporzione matematicamente esatta. Il suo compito è lodevolmente esaurito, quando riesca a stabilire criterî valevoli ad impedire sproporzioni esagerate, e che urterebbero nella pratica applicazione i sentimenti d'equità insiti nella generalità dei cittadini, e sopra tutto criterî adatti a render possibile un serio controllo dell'opera dei giudici incaricati di applicarli.

Quindi delle diverse cause, che possono influire sulla libertà, e di conseguenza sulla imputabilità, la legge non deve rilevare se non quelle, che spiccano fra le altre, sia perchè si verificano in un gran

numero di casi, sia perchè la loro efficacia è assai rilevante, sia perchè si prestano ad un accertamento oggettivo e sicuro.

E similmente nel determinare l'efficacia di queste cause non si deve per soverchio amore di precisione scientifica scendere ad una troppo minuziosa specificazione di casi, che imporrebbe ai giudici ricerche di fatto, per le quali ben spesso mancherebbero loro i mezzi ed il tempo; nè lasciarsi dal desiderio di permettere ai giudici di adattare la loro pronunzia alle particolarità del caso, indurre ad una eccessiva limitazione delle gradazioni preventive, aprendo così l'adito ad un arbitrio giudiziale, che se aumenterebbe le facoltà discretive dei magistrati ne scemerebbe l'autorità morale, a causa del sospetto, che inevitabilmente circonderebbe l' uso d' un potere non controllabile.

§ 2.

Infermità di mente.

41. L'art. 46 esclude la punibilità di colui, che nel momento in cui ha commesso il fatto era in tale stato di infermità di mente, da trovarsi privato della coscienza o della libertà dei proprî atti.

È di competenza del medico dichiarare sotto quali forme [1]) possa

[1]) Fra esse si deve indubbiamente comprendere l'ebbrezza del sonno, il sonnambulismo ed il sonno ipnotico. Mentre però già ripetutamente è accaduto, che chi ha ricuperata quella libertà di movimento, che nel sonno vien meno, senza che la sua mente sia ancora rientrata nell'esercizio normale delle proprie facoltà in modo da permettergli di riconoscere, che solo nel sonno avevan radice le sensazioni e le imagini spaventose, dalle quali l'animo è ancora agitato, compia atti costituenti la parte materiale di un reato (v. GROSS, *Criminalpsychologie*, Graz, 1898, pag. 669 e seg., ed autori ivi citati), e mentre rispetto ai sonnambuli la questione non è quasi proponibile, perchè non essendo i loro movimenti il frutto nè di una volizione cosciente propria, nè di quella d'un altro, dipende dal caso, se riescono nocivi od innocui, assai si è disputato e si disputa intorno alla possibilità della perpetrazione di un reato per parte di un ipnotizzato. La questione (intorno ad essa v. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1896, vol. II, pag. 129 e seg.) ha certo una importanza giuridica, perchè dato, che taluno si difenda dalla imputazione fattagli allegando d'avere agito in stato di sonno ipnotico, conviene nell'apprezzamento delle sue allegazioni tener conto degli argomenti fatti valere pro e contro la possibilità di tale fenomeno. Per altro pel giurista tutto si riduce ad una questione di fatto, ed a me pare, che sarebbe desiderabile, che non si insistesse negli esperimenti, coi quali si pretende risolverla, affinchè non abbia ad accadere, che a forza di ricercare, se meriterebbe fede, chi sostenesse, che il progetto criminoso materialmente attuato gli è stato imposto per sugge-

manifestarsi tale specie d'infermità, e stabilire i caratteri, che permettono di constatarne l'esistenza.

È di competenza del giurista valutarne gli effetti giuridici.

Quando essi consistono in una tale ottenebrazione della mente, da non permettere al malato, di rendersi conto degli atti, che vengono da lui materialmente eseguiti, è manifesto, come a tali atti manchi quel carattere di volontarietà, che è condizione della imputazione, dal momento che si tratta di un carattere impresso agli atti umani dalla coscienza di mettere ad esecuzione, effettuandoli, una propria volizione.

Ma non occorre, che la malattia mentale giunga a tal segno, per poter dichiarare esclusa da essa l'imputabilità umana.

Poco importa, che l'agente s'accorga dei movimenti, che le sue membra eseguiscono, e valuti gli effetti, che questi movimenti son destinati a produrre nel mondo esteriore, se la loro esecuzione non dipende da una deliberazione sua verificatasi in condizioni tali, da permettergli di adottare come motivo d'agire una massima desunta da nozioni astratte fornitegli dalla ragione.

È quando per le condizioni patologiche dell'agente venga meno tale possibilità, che si verifica la seconda delle alternative previste dal legislatore come causa di irresponsabilità dipendente da malattia mentale.

Appunto però, perchè la libertà, alla quale il legislatore si riferisce in tema d'imputabilità, non è una libertà metafisica consistente nel dare ad un motivo, che per sè non l'avrebbe, forza sufficiente per acquistare il valore di causa determinante d'agire, l'imputabilità non può ritenersi esclusa se non quando risulti, che la funzione volitiva ha per cause patologiche subìta una alterazione tale, da togliere al malato la facoltà di istituire un confronto fra i diversi motivi di

stione ipnotica, non si finisca col far davvero venire in mente a qualche briccone di servirsi dell'ipnotismo non solo (come già pur troppo è accaduto) per rendere impotenti a difendersi le vittime dei reati da lui ideati, ma anche per fare strumenti delle sue scelleraggini creature non ancora perverse. Quanto al sonno naturale esso è un fenomeno fisiologico, e non v'è ragione quindi per occuparsene a proposito delle malattie mentali. Chi dorme certo non vuole, ma neppure agisce, e quindi non è il caso di enunciare come regola avente valore effettivo quella della non imputabilità delle sue azioni: quanto alle sue omissioni dipendono tutte non dalla deliberazione di non agire, ma dalla mancata deliberazione di agire, e che questa abbia l'effetto di far considerare come volontaria l'azione, quando vi era la possibilità di adottarla, già si è osservato (v. pag. 28) prescindendo dall'ipotesi del sonno.

agire prima di concepire la volizione, che viene immediatamente generata dal presentarsi alla sua mente di uno solo fra essi; o che tale è la deficienza di sviluppo della ragione, da impedire, che le nozioni astratte, le quali possono determinare ad agire contrariamente agli impulsi affettivi e sensibili, vengano possedute altrimenti, che per mezzo della cognizione della formula, con cui sono espresse, scompagnata dalla intelligenza del loro valore.

Per dichiarare alcuno responsabile del furto o dell'omicidio commesso non occorre pertanto convincersi, che egli avrebbe potuto anche non commettere questo furto o questo omicidio. Bisognerebbe immaginare un concorso di circostanze diverso da quello, che si è effettivamente verificato, od essere in grado di dimostrare, che l'uomo determinandosi ad agire rinnovella il mistero della creazione per poter acquistare una tale convinzione.

Tutto quello, che noi sappiamo del meccanismo della volontà si è, che essa funzionando ingenera nell'uomo la convinzione, di essersi liberamente deciso ad agire, quando la sua decisione è stata presa dopo un confronto fra i diversi motivi, che assumevano tutti egualmente l'apparenza di essere suscettivi di venire assunti a causa d'agire.

Al giurista non interessa affatto sapere, e del resto neppure i cultori delle altre discipline riesciranno molto probabilmente mai a saperlo, se tale convinzione sia o no erronea; a lui è indifferente, che questa scelta apparentemente libera possa in realtà non essere altro, che un riconoscimento della forza prevalente, che preesisteva nel motivo appalesatosi determinante. Ma se è su questa apparenza di libertà, che fonda l'imputabilità penale, egli può poi tranquillamente dichiarare responsabile anche colui, del quale gli si dica, che il suo organismo anormale non gli dava forza sufficiente, per far prevalere la voce della ragione sugli impulsi brutali, che lo spingevano al delitto. La perpetrazione del reato dimostra rispetto a tutti indistintamente i delinquenti, che essi non avevano questa forza: il ricercare da che ciò sia dipeso non è compito di chi amministra la giustizia penale. Solo quando si sia convinti, che gli impulsi furaci o sanguinarî hanno agito sopra un individuo così malato, da essere incapace di sentire affatto la voce della ragione, che avrebbe suggerito di astenersi dal rubare e dall'uccidere, perchè se la perpetrazione di un furto o di un omicidio può appagare i bisogni o le passioni di chi li compie, a nessuno conviene che il rubare o l'uccidere trapassino in costume, potendo ognuno diventarne vittima a sua volta, e non già quando risulti appena, che di tali suggerimenti non

si era in grado di tener conto, si deve ammettere l'irresponsabilità penale.

Perchè l'uomo possa dirsi libero nel senso tutto pratico, che attribuisce a questa parola il giurista, basta, che i suoi atti possano essere il frutto di deliberazioni prese dopo d'aver confrontati fra loro i diversi motivi d'agire. Constatata la possibilità del confronto si deve riconoscere l'esistenza della libertà, nè questa può poi essere distrutta dal modo, in cui si è verificata di fatto la prevalenza dell'un motivo sull'altro.

42. Col dichiarare, che la malattia mentale deve verificarsi nel momento, in cui è commesso il fatto, il legislatore non ha punto inteso di affermare la punibilità dei fatti compiuti in un momento di lucido intervallo da chi sia affetto da una malattia di mente, che si manifesta mediante accessi periodici. Per supporre ciò bisognerebbe attribuire al legislatore l'assurda pretesa, di aver voluto determinare con una regola astratta e generale quali siano nei periodi di calma le condizioni mentali degli infermi di mente, e supporre, che mantenutosi affatto estraneo ai progressi verificatisi nello studio delle psicopatie continui a considerare come inseparabile da ogni malattia mentale quello stato di continua agitazione, spesso prodotto più che dalla malattia dal barbaro trattamento, cui il malato sia sottoposto, senza del quale per l' addietro era ben difficile, che si facesse luogo alla scusa fondata sull' allegazione d' una malattia mentale.

La formola usata dal legislatore è tale, da lasciar impregiudicata affatto ogni e qualunque questione tecnica relativa all'accertamento della malattia mentale: essa precisa soltanto i punti, che devono mediante la soluzione della questione venir accertati, quando si tratta di valutare gli effetti della malattia mentale sull' imputabilità.

43. Dichiarando irresponsabili gli affetti da una malattia mentale, che produca in loro una delle alterazioni descritte nell'alinea dell'art. 46, non si vuole però, che la società resti priva di difesa di fronte al pericolo di eventuali azioni nocive, alla cui esecuzione la loro malattia li può spingere; ma solo che per difendersi adoperi mezzi diversi dalla pena, e che naturalmente riescono poi, rispetto agli infermi di mente, più efficaci di quanto la pena non potrebbe essere, perchè consoni allo stato di fatto, in vista del quale vengono adottati.

Il capoverso dell'articolo ora citato dispone, che ove il giudice stimi pericolosa la liberazione dell'imputato prosciolto per infermità

di mente, ne ordini la consegna all'autorità competente [1]) per i provvedimenti di legge [2]).

---

[1]) Come specifica l'art. 13 delle disposizioni per l'attuazione del codice penale, l'autorità a cui l'art. 46 si riferisce, è quella di pubblica sicurezza. La consegna è deliberata dalla Corte d'assise con ordinanza motivata, dalle altre autorità giudiziarie colla stessa sentenza di proscioglimento dell'imputato. L'autorità di pubblica sicurezza fa ricoverare provvisoriamente costui in un manicomio in istato di osservazione sino a che il presidente del tribunale civile, nel cui circondario fu pronunziata l'ordinanza o la sentenza, ad istanza del pubblico ministero ed assunte le opportune informazioni non ne abbia ordinato il ricovero definitivo o la liberazione. L'ordine di ricovero è revocabile (art. 13 e 14 delle disposizioni per l'attuazione del codice penale). Naturalmente poi l'ordine di liberazione non impedisce, che il malato sia in seguito ricoverato in un manicomio, ove risulti, che la sua permanenza in libertà è pericolosa per lui e per gli altri; come può essere ricoverato in un manicomio scontata che abbia la pena colui, che venne riconosciuto affetto da malattia di mente non tanto grave da escludere l'imputabilità e sufficiente solo ad attenuarla. Così l'ordine di rinchiudimento in un manicomio, come quello di rilascio da esso sono provvedimenti d'indole amministrativa, per quanto possano venir emessi dall'autorità giudiziaria, e come tali sono essenzialmente revocabili, e devono ispirarsi alla considerazione dello stato attuale di fatto, e non all'apprezzamento sotto il punto di vista giuridico delle azioni in precedenza compiute dall'individuo, della cui integrità mentale si dubita.

[2]) Intorno alle modalità della custodia dei prosciolti per infermità di mente, di cui l'autorità giudiziaria abbia ordinato il ricovero, la legge non provvede; ma l'art. 471 del regolamento generale degli stabilimenti carcerarî li assegna ad una sezione separata di un manicomio giudiziario. È questione di psichiatria e non di diritto quella relativa alla convenienza di custodire separatamente dagli altri alcuni fra gli infermi di mente; ma appunto perchè è tale, essa va risoluta in base a concetti psichiatrici e non a criterî giuridici. Ora sotto il punto di vista psichiatrico io comprendo la distinzione fra gli infermi agitati, i semi-agitati ed i tranquilli: non riesco a rendermi conto di quella fra gli infermi, la cui malattia si manifesta collo spingerli a commettere violenze od altri atti costituenti reato, quando siano compiuti da un sano di mente, e che perciò furono processati, dagli infermi, la cui malattia mentale si estrinseca da principio in altro modo, e che perciò vennero ricoverati in un manicomio prima che avessero agio di compiere qualche fatto, che li esponesse ad un processo penale: tanto meno capisco, come si possa distinguere fra coloro, la cui malattia mentale si manifesta con caratteri di evidenza tale, che pur avendo dati i primi segni di pazzia col percuotere chi si trovavano ad aver vicino, o con altri eccessi similmente previsti dal codice penale, non vennero inviati a giudizio o neppure sottoposti ad istruttoria, e quelli che furono processati, perchè affetti da una forma di malattia meno facilmente percepibile dai profani, per quanto non meno grave. Gli alienisti criticano i giuristi, perchè questi ammettono una semi-responsabilità, che corrisponderebbe ad uno stato intermedio fra l'infermità e la sanità di mente: stato di cui non si può negare l'esistenza se non da chi nelle facoltà psichiche veda non una manifestazione di forze, che per quanto diverse per natura da quelle fisiche, sono al pari di esse suscettive di aumento e di diminuzione, ma altrettante entità meta-

Quindi mentre, se costui fosse stato condannato, nella massima parte dei casi dopo pochi anni ritornerebbe a godere della libertà, e commetterebbe quasi certamente nuovi reati, colla adozione di questo provvedimento resterà rinchiuso in luogo, ove non riesce troppo malagevole il sorvegliarlo e rendere innocui ulteriori accessi di furore, da cui sia colto, finchè non sia cessata la malattia, che lo rende pericoloso, e che pur troppo per lo più non suole aver termine che colla vita.

44. Come tutte le altre malattie, così anche quelle mentali sono suscettive di assumere una maggiore o minore intensità, la quale non può a meno di rispecchiarsi negli effetti, cui esse danno luogo.

La coscienza dei proprî atti può essere affievolita e non del tutto esclusa da una debolezza di mente, che senza impedire all'agente di accorgersi dei movimenti, che compie, e di capire quali ne saranno i risultati, gli vieti tuttavia di apprezzare in tutta la sua entità l'importanza di questi risultati.

Assai più facilmente può accadere, che la malattia mentale senza impedire, che le volizioni siano precedute da qualsiasi giudizio intorno al rispettivo valore dei motivi d'indole sensibile od affettiva, che spingono verso il delitto, e di quelli d'indole razionale, che inducono ad astenersene, alteri per modo le funzioni volitive da rendere pressochè effimero un tal giudizio o coll'accrescere in modo anormale, e

---

fisiche, semplici e come tali non frazionabili: intanto essi pretendono di introdurre un istituto intermedio fra la pena e la cura. Pur troppo la massima parte delle cure implica una serie di sofferenze per chi vi è sottoposto: e fortunatamente molti dei dolori che sopportiamo ci riescono salutari. Ma bisognerebbe ammettere una entità intermedia fra il reato e la malattia — cosa ben diversa dal reato attenuato per la malattia da cui è affetto il suo autore — perchè il concetto formato dalla riunione di alcuni fra gli elementi del concetto di pena con alcuni degli elementi di quello di cura potesse avere consistenza logica. Del resto la questione sulla denominazione degli stabilimenti destinati ad accogliere gli infelici, che furono dalla malattia mentale, che li travagliava, spinti a commettere fatti, nei quali si credette di riscontrare dei reati, e quella sul carattere, che sia logicamente, sia giuridicamente ad essi compete non ha un grandissimo valore. Ciò che importa si è, che il numero dei manicomî sia sufficiente, perchè gli individui, che vi vengono rinchiusi, non abbiano a trovarvisi agglomerati in modo contrario alle esigenze della cura e della custodia, o cosa ancora peggiore, ma che malauguratamente talora avviene, perchè la preoccupazione della difficoltà di trovare posti disponibili non abbia a trattenere dall'adottare il provvedimento del rinchiudimento in casi, in cui pur lo si riterrebbe opportuno. Ma pur troppo finora si è disputato molto (v. LOMBROSO, in *Rivista di discipline carcerarie,* II, 105-126; TAMBURINI, nella stessa *Rivista,* III, 35-19, VI, 440-456, XIII, 401-410; VIRGILIO, nella stessa *Rivista,* XIV, 3-18, 73-88), e si è fatto ben poco: cosa ben naturale d'altronde, perchè per discutere basta averne tempo e voglia, per fare occorrono inoltre autorità e danari.

dipendente dallo stato patologico dell'agente, il valore dei motivi impellenti, o coll'affievolire, egualmente in modo anormale e patologico, la forza dei motivi inibenti.

L'art. 47 prevede un tale stato di mente, riferendosi all'articolo precedente per la sua più esatta determinazione, e stabilisce la misura delle attenuazioni di pena, a cui deve dar luogo.

Perchè si verifichi l'ipotesi, alla quale si adatta il disposto dell'art. 47, occorre, che la coscienza o la libertà dei proprî atti sia scemata grandemente nell'agente, ma non perduta del tutto. Allora all'ergastolo si sostituisce la reclusione dai sei a ventiquattro anni; all'interdizione perpetua l'interdizione temporanea [1]); ove si tratti di pena temporanea, che oltrepassi i dodici anni, essa si applica nella durata da tre a dieci anni; se oltrepassi i sei anni, ma non i dodici, si applica nella durata da uno a cinque anni, e negli altri casi in una durata inferiore alla metà della pena, che sarebbe applicata; la pena pecuniaria è ridotta alla metà; ed il giudice può ordinare, che la pena restrittiva della libertà personale sia scontata in una casa di custodia, sino a che l'autorità competente [2]) non revochi il prov-

[1]) Tale sostituzione si verifica solamente in quanto l'interdizione sia comminata come pena vera e propria, non in quanto sia una conseguenza della condanna alla reclusione per un tempo maggiore dei cinque anni. Invero nell'alinea dell'art. 47 si dice che lo stato di mente atto a scemare grandemente l'imputabilità ha per effetto di diminuire *la pena stabilita per il reato commesso* giusta le norme specificate nei varî numeri di detto articolo, e non che quando tale stato si verifichi l'interdizione perpetua non possa mai applicarsi. La Cassazione adottò tale distinzione corrispondente alla lettera ed allo spirito della legge colle sentenze 26 febbraio 1896 e 7 maggio 1900 (pronunziate entrambe a sezioni riunite - *Rivista penale,* vol. XLIII, pag. 566, e vol. LII, pag. 183); la rigettò colla sentenza 7 marzo 1900 (*Supplemento alla Rivista penale,* vol. IX, pag. 47) riferendosi al numero 2 dell'articolo, e trascurando di tener conto del periodo, col quale l'articolo incomincia, ed al quale i varî numeri di esso si riferiscono. Secondo quest'ultima giurisprudenza dovrebbe pertanto farsi luogo alla sostituzione della interdizione temporanea alla perpetua anche a favore di colui, che viene condannato in base al n. 1 dell'art. 47 a ventiquattro anni di reclusione. Colla sentenza 5 marzo 1902 (*Giustizia penale,* a. VIII, col. 457), pubblicata mentre la presente monografia era in corso di stampa la Cassazione è ritornata alla sua anteriore ed esatta opinione.

[2]) La competenza a pronunciare tale revoca è dall'art. 15 delle disposizioni per l'attuazione del codice penale attribuita al presidente del tribunale, nel cui circondario fu pronunziata la condanna, sulla proposta del Consiglio di sorveglianza presso lo stabilimento, nel quale il condannato si trova e sulle conclusioni del pubblico ministero. La possibilità di addivenire ad una tale revoca dipende dalla corrispondente possibilità, che durante l'espiazione della pena si verifichi nelle condizioni mentali dell'imputato un miglioramento, che escluda ogni ragione, per assoggettarlo ad un trattamento diverso da quello ordinario.

vedimento, nel quale caso il rimanente della pena è scontato nei modi ordinarî [1]).

Se il legislatore nel comminare la pena astraesse dalla considerazione del rapporto giuridico creato dalla perpetrazione del reato, e si preoccupasse soltanto di opporre agli impulsi a delinquere motivi inibenti, le diminuzioni di pena stabilite a favore dei deboli di mente dovrebbero far luogo ad aumenti proporzionati alla debolezza da cui costoro sono affetti. Il debole di mente, perchè tale delinque più facilmente: quindi bisognerebbe aumentando l'entità del male, che gli si minaccia, se delinque, bilanciare la minore efficacia, che sul suo animo esercita la prospettiva di un male futuro, quando gli si affaccia quella di procurarsi una soddisfazione immediata. Ma il trattamento più mite che si fa a chi non goda della pienezza delle facoltà mentali, apparisce al tutto giustificato, qualora si veda nella pena un istituto giuridico e non un provvedimento di polizia. La pena si irroga, non colla stolta lusinga di eliminare per mezzo di essa il triste fenomeno della delinquenza, ma perchè la perpetrazione del reato conferisce alla società il diritto di irrogarla. È bene che la società, nel far uso di tale diritto, veda di ricavarne qualche vantaggio: ma come l'utile, che possiamo ricavare da una cosa non è il titolo e la misura del diritto di proprietà, che eventualmente ci compete sopra di essa, così non è titolo e misura della pena il profitto — si esplichi esso sotto la forma dell'intimidazione, o sotto quella dell'emenda —, che la società si ripromette di conseguire per mezzo di essa.

Gli effetti materiali delle azioni umane non si proporzionano certo alle condizioni mentali dei loro autori, ma ad esse sono invece proporzionati i loro effetti giuridici. Il reato consiste in una infrazione dell'ordine giuridico, e quindi sulla entità sua e su quella della pena deve riconoscersi legittima l'influenza attenuante della deficienza mentale di chi ne è autore.

§ 3.

Ubbriachezza.

45. L'ubbriachezza produce un'alterazione nella mente dell'uomo, che prescindendo dalla sua breve durata dovrebbe considerarsi come una forma di malattia mentale.

---

[1]) Però il regolamento (art. 483) prescrive, che coloro rispetto ai quali sia avvenuta la revoca non vengano sottoposti, sebbene condannati alla reclusione, alla segregazione cellulare continua, e siano subito assegnati alla prima classe, se hanno scontata la metà della pena, alla seconda, se ne hanno scontato il terzo, alla terza, se ne hanno scontato il sesto.

Tuttavia per decidere, se essa siasi o no verificata, e determinare fino a qual grado sia giunta non si suole ricorrere all'opera dei periti, ed il giudice senza il loro sussidio per lo più risolve col proprio criterio tale questione. Quindi è tanto più necessario, che il giurista attinga dallo studio della medicina legale nozioni precise intorno al modo in cui si genera e si svolge quella intossicazione per effetto dell'alcool, che costituisce l'ebbrezza [1]).

Da tale studio si rileva, come non basti per essere in grado di giudicare con probabilità di non ingannarsi, se uno era effettivamente ubbriaco o fingeva soltanto di esserlo, informarsi della quantità e della qualità dei liquidi bevuti. Sono circostanze da non trascurarsi l'organismo dell'individuo, le sue abitudini di vita, le condizioni, in cui si trovava prima di bere, ed anche quelle nelle quali si è trovato bevendo o dopo d'aver bevuto, accadendo talora, che l'ubbriachezza si sviluppi improvvisamente, per quanto non sia esagerata la quantità delle bevande alcooliche ingerite, a causa dell'aria mefitica, che si respira o per un brusco passaggio dal caldo al freddo.

Non solo poi non si verifica sempre il passaggio graduale e successivo dall'uno all'altro dei tre stadî, in cui i giuristi sogliono dividere l'ubbriachezza, e può alcuno trovarsi in preda ad ebbrezza furibonda senza aver punto attraversato lo stadio della ebbrezza giuliva, ma per lo più quella specie di ebbrezza, che suole spingere alla perpetrazione di reati si manifesta appunto improvvisamente, dipendendo non tanto dalla quantità, quanto dalla qualità del liquido bevuto o dalla semplice respirazione di aria impregnata di vapori alcoolici, quale è quella delle cantine [2]).

---

[1]) Tale è almeno l'origine dell'ebbrezza, della quale per i nostri attuali costumi devonsi valutare gli effetti nella pratica giudiziaria. Ma altre sostanze, di cui l'abitudine può far diventare gradevole e quasi necessario l'uso, fra le quali è notissimo l'oppio, producono una transitoria alterazione mentale. Ove malauguratamente l'uso di queste sostanze si diffondesse in Italia, potrebbe nascere la questione, se ai fatti commessi durante lo stato morboso da esse provocato debbano applicarsi gli articoli 46 e 47 od il successivo. A me pare che dovrebbe venir adottata la prima di tali alternative, perchè la parola *ubbriachezza* usata dal legislatore propriamente si riferisce a quello stato, che dipende da abuso di bevande spiritose, e perchè l'art. 48 rappresenta una disposizione di diritto singolare, non essendovi razionalmente motivo per assoggettare ad uno speciale trattamento le perturbazioni mentali, che non provengono da cause organiche o traumatiche, ma dalla ingestione di speciali sostanze.

[2]) Skrzeczka, *Die Geisteskrankheiten im Verhältniss zur Zurechnung* nel Manuale di diritto penale pubblicato da Holtzendorff, Berlino, 1871, vol. 2, pag. 264; Ziino *La psicopatologia del delitto,* Napoli, 1881, pag. 319; Gross, *Criminalpsychologie,* Graz, 1898, pag. 676 e seg.

46. Sarebbe un errore equiparare l'azione, che lo stato d'ubbriachezza esercita sull' animo umano a quella propria dell' impeto degli affetti. Se le azioni dell'uomo in tanto sono per lui causa di merito o di demerito, in quanto devono considerarsi come l' esplicazione del suo carattere ed appalesano quindi la tendenza ad agire in una od in altra data maniera, è manifesto, come per gli effetti della responsabilità le azioni compiute dall' uomo ebbro debbano essere considerate sotto un punto di vista affatto diverso da quello sotto cui si considerano le azioni di un uomo agitato da veemente passione. La passione non è una forza esteriore, che agisca sull' interno dell'uomo; essa è una commozione dell'animo, della cui manifestazione può bensì essere occasione un fatto estrinseco, ma che però ha la sua intima radice nel carattere di colui, che la risente.

Un omicidio commesso per impeto di sdegno, un furto determinato da avidità di lucro, un ratto od un adulterio perpetrati per passione amorosa, possono tutti essere fatti dipendenti da una agitazione dell'animo per nulla inferiore a quella, che è figlia di soverchie libazioni, e capace al pari di questa di ottenebrare le facoltà intellettive di chi ne è affetto, senza che perciò cessino d'essere altrettante prove d'un carattere violento, avido e lussurioso, e che ha bisogno di correzioni e di freno. La forza dell'alcool è invece una cosa tutta esteriore, e le azioni, che siano commesse sotto il suo impulso, possono quindi non avere alcun rapporto col carattere di chi le ha compiute. Cessata l'ubbriachezza l'uomo rientra nel suo stato normale, e non si sente menomamente inclinato a ripetere quelle azioni, che ha compiute soggiogato da una influenza estranea al suo carattere; ma l'ira e tutte le altre passioni, benchè non divampino continuamente, restano sempre allo stato latente in colui che si è assoggettato al loro dominio, e sono quindi sempre pronte a prorompere, ed a farlo ricadere negli eccessi già commessi, appena si presenti una occasione, che le desti.

47. Il nostro codice [1]) in ragione della causa, che l' ha prodotta, distingue l'ubbriachezza in accidentale, volontaria e procurata (art. 48).

---

[1]) Le disposizioni da esso dettate in tema d'ubbriachezza sono giusta l'art. 10 applicabili anche ai militari di terra e di mare, salvo che si tratti dei reati di rivolta, ammutinamento od insubordinazione (*Codice penale per l'esercito*, art. 135; *codice penale militare marittimo*, art. 158). Rispetto alle persone sottoposte al codice della marina mercantile la circostanza della ubbriachezza, oltre al poter essere nei congrui casi imputata quale reato, come lo può anche essere pei militari, e come lo è, salvo a costituire un reato di entità minima, anche per chi è soggetto

L'ubbriachezza è accidentale, quando non sia conseguenza nè della deliberata intenzione di ubbriacarsi, nè di un imprudente eccesso nel bere, ma debba attribuirsi a qualche caso indipendente dalla volontà di colui, che l'ha contratta, come sarebbe l'ignoranza in cui egli fosse, della forza inebriante del liquore bevuto.

Questa specie di ubbriachezza dal nostro codice quanto agli effetti, che esercita sull'imputabilità si equipara (art. 48 alinea) alle malattie mentali, ed agli articoli, che trattano delle malattie mentali, si fa espresso riferimento anche per la descrizione dello stato, a cui deve aver ridotto l'agente, affinchè si possa dichiararlo non imputabile, o concedergli in vista della scemata imputabilità una diminuzione di pena. Ed invero se l'ubbriachezza può per un certo tratto di tempo produrre uno sconcerto di mente analogo a quello, cui danno luogo le malattie mentali, e se si può senza propria colpa diventar ubbriachi, come si può senza propria colpa diventar pazzi, non si saprebbe trovare una ragione per distinguere agli effetti della responsabilità penale questi due stati di perturbazione mentale.

L'ubbriachezza volontaria, della quale si parla nel capoverso dell'articolo 48, comprende così l'ubbriachezza volontaria propriamente detta, ossia quella contratta a seguito del deliberato proposito di soffocare coi fumi alcoolici ogni pensiero molesto e ridursi in istato di incoscienza, come l'ubbriachezza colposa, dipendente dallo avere per spensieratezza o per soverchia presunzione nelle proprie forze bevuto più di quanto il proprio organismo poteva consentire di bere impunemente.

Anche ad essa l'art. 48 attribuisce effetti più o meno importanti sulla imputabilità a seconda dell'intensità dell'azione esercitata sulle facoltà intellettive e volitive dell'uomo, e si rimette ai due articoli precedenti per la specificazione della natura di questa azione e per la sua gradazione.

Essendo l'ubbriacarsi un fatto già per sè stesso riprovevole, può sembrare irragionevole la pretesa di ottenere in ragione di essa una diminuzione di pena [1]. Però se si vuole porre esattamente la que-

---

alla legge comune, quando sia molesta o ripugnante e venga manifestata in luogo pubblico (art. 488), determina talora (art. 368, cod. mar. merc.) l'applicazione di una pena maggiore di quella, nella quale si sarebbe incorsi commettendo il medesimo fatto senza essere ubbriachi.

[1]) E tale venne qualificata dal MERLIN (*Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, vol. 4, Parigi, 1812, pag. 910, e vol. 6, Parigi, 1813, pag. 418), ripetendo quanto già BLACKSTONE (*Commentaire sur le code criminel d'Angleterre*,

stione [1]), si deve non già domandarsi, se la circostanza dell'ubbriachezza costituisca una scusa pel delitto commesso, ma se il fatto nocivo compiuto dall'ubbriaco debba considerarsi come un reato e, data la soluzione affermativa, se esso sia un reato uguale a quello, che si avrebbe, ove lo stesso fatto fosse stato commesso da un uomo sano. Così ponendo la questione, apparisce evidente la natura sofistica dell'argomentazione sulla quale si fondano quelli, che negano gli effetti scusanti dell'ubbriachezza: argomentazione che logicamente dovrebbe condurre a negare qualunque differenza di pena fra la lesione d' un determinato interesse giuridico commessa per deliberato proposito e quella prodotta per imprudenza.

Se basandosi sulla identità del danno direttamente cagionato da chi ha ucciso un uomo invece di uccidere un capo di selvaggina, che secondo lui avrebbe dovuto essere appiattato dietro un cespuglio, e quello prodotto da chi ha egualmente ucciso un uomo, ma sapendo benissimo di ucciderlo coll'esecuzione dell'azione riescita letale, e volendo ucciderlo, si assimilano le due figure criminose costituite da questi due fatti; quando poi si tratterà di stabilire la pena, e si

---

Parigi, 1776, vol. I, pag. 33 e seg.) aveva affermato sull'autorità di COKE, e FILANGIERI (*Scienza della legislazione,* Venezia, 1796, vol. 4, pag. 237 e seg.) aveva dogmaticamente asserito. Attualmente in Francia (v. LE SELLYER, *Traité de la criminalité, de la penalité et de la responsabilité,* Parigi, 1874, vol. I, pag. 138 e seg., che riassume diligentemente [pag. 146-154] dottrina e giurisprudenza, e per conto suo professa opinioni in massima corrispondenti a quelle sviluppate nel testo; la quinta ediz. degli *Elements de Droit pénal* di ORTOLAN, con note di DESJARDINS, Parigi, 1886, pag. 145 e seg.; VIDAL, *Cours résumé de droit pénal,* Parigi, 1894, pag. 98, che si esprime abbastanza ambiguamente per poter essere considerato specchio fedele della incertezza, che nella sua patria domina il tema dell'apprezzamento degli effetti giuridici dell'ubbriachezza) si continua a negare in teoria il carattere di scusa all'ubbriachezza, ed in pratica si assolvono dai giurati quelli, che in stato d'ebrietà hanno commesso un reato, che li abbia fatti deferire al loro giudizio.

[1]) È poco consolante sotto il punto di vista dell'andamento delle scienze morali il sapere, che già S. TOMMASO poneva nei suoi veri termini la questione, proponendosi la difficoltà dipendente dell'essersi da ARISTOTELE affermato, che l'ebbro merita una duplice pena, e risolvendola coll'osservare, che ciò non escludeva, che gli si potesse dover applicare una pena inferiore a quella meritata da chi aveva commesso lo stesso fatto, essendo sano di mente, perchè due peccati non costituiscono sempre una entità maggiore di quella costituita da un peccato solo, ed il peccato dipendente dall' essersi ubbriacato e quello d' avere in stato d'ebrietà commesso un altro fatto illecito, riuniti insieme, son minori del peccato commesso da chi compie lo stesso fatto senza essere alterato dal vino (*Summa theologica,* Roma, 1894, parte II, prima sezione, pag. 554, seconda sezione, pag. 973 e seg.).

constaterà, che il primo di questi omicidî è avvenuto, perchè il maldestro cacciatore commise l'imperdonabile imprudenza di lasciar partire il colpo appena ebbe a sentire uno stormir di frasche, e senza curarsi di cercare di penetrar collo sguardo attraverso ad esse, per vedere da che fosse prodotto, non si potrà a meno di sentirsi indotti a dire, che questa sua azione riprovevole non può da lui essere invocata come una scusa, e che quindi gli si deve applicare la pena ordinaria dell'omicidio.

Ognuno vede, come il vizio di questa deduzione stia nell'avere supposto, che l'uccisione d'un uomo costituisca sempre un medesimo reato, qualunque possa essere l'intenzione di chi l'ha compiuta. Appena si riconosca invece, che se uno uccide mediante un'azione eseguita appunto per togliere di vita un uomo commette un reato diverso da quello, che si commette da chi tronca il corso dell'esistenza d'un uomo per effetto di un'azione, colla quale cercava di procurarsi uno svago, allora si comprende benissimo, che per quanto sia vero, che un'azione imprudente, quale è quella di esplodere armi da fuoco, senza essersi prima bene assicurati, che nessun uomo si trovi nella direzione del colpo, non può servire di scusa, non deriva da ciò, che chi uccide per aver voluto uccidere, debba essere punito come chi uccide per aver voluto sparare in condizioni, in cui lo sparo era pericoloso per altri.

Anche rispetto alla determinazione degli effetti inerenti all'ubbriachezza in tema d'imputabilità si deve procedere collo stesso sistema, se si vuol giungere ad una conclusione corrispondente alla realtà dei fatti. Non si tratta di vedere, se l'ubbriachezza possa essere una ragione di scusa, ma bensì di ricercare, se l'identità del danno immediato prodotto da un ubbriaco e da un uomo sano di mente possa bastare a far decidere, che entrambi hanno commesso un delitto identico. Non si può certo esitare a risolvere negativamente tale questione, ove si tenga presente, come a costituire il reato occorra non solo, che siasi compiuta un'azione dannosa, ma ancora, che tale azione sia volontaria.

Se alcuno o vuole ubbriacarsi, o vuole bere più di quanto il suo organismo gli consente di bere senza ubbriacarsi, commette certo un'azione riprovevole, come la commette chi accende un grosso falò in prossimità d'una casa abitata. Ma non si può per questo concludere, che se il fuoco acceso da costui si sia appiccato all'edifizio vicino, egli debba rispondere d'incendio volontario, o che se i vapori alcoolici saliti al cervello dell'ubbriaco gli hanno fatto scambiare la testa d'un amico con quella d'una bestia feroce, ed egli l'abbia fra-

cassata, sia colpevole d'omicidio. L'accensione del fuoco e le soverchie libazioni non sono fatti in base ai quali si possa scusare quanto poi avvenne, ed anzi sono fatti ingiusti, che devono addebitarsi all'agente, e pei quali egli deve rispondere anche delle conseguenze ulteriori da questi fatti prodotte e da lui non volute; ma non possono autorizzare a concludere, che si sia voluto l'incendio o l'omicidio, mentre ciò non è vero.

Quando pertanto il legislatore commina contro chi abbia ucciso un uomo trovandosi in stato di ubbriachezza piena una pena minore di quella comminata contro chi abbia commesso lo stesso fatto, sapendo benissimo quello che si faceva, ben lungi dallo scusare l'ubbriaco per l'imprudenza commessa ubbriacandosi, lo castiga appunto per tale sua imprudenza. Giacchè prescindendo da essa, egli non avrebbe potuto essere punito per un fatto, che non ha voluto, ma ha solo compiuto materialmente senza sapere quello, che si facesse.

Propriamente l'ubbriachezza rispetto al reato caratterizzato dalla lesione del bene giuridico, che l'ubbriaco ha offeso col fatto suo, esercita quindi la medesima influenza così se sia accidentale, come se sia volontaria o colposa. Esclude l'imputabilità, se è piena; l'attenua, se non è piena.

Ma il fatto dell'ubbriacarsi va imputato solo quando si verifichi una delle due ultime alternative; ed è allora, che se esso riesca anche dannoso, in quanto essendo ubbriachi si sia offeso alcuno, è giustificata l'applicazione d'una pena, sebbene l'ubbriachezza fosse completa [1]).

Le pene, a cui si arriva, sottoponendo la pena, dalla quale sarebbe stato colpito l'uomo sano di mente, che avesse commesso il

---

[1]) Che sotto il punto di vista dell'imprudenza commessa ubbriacandosi i romani considerassero i fatti illeciti compiuti dall'ubbriaco viene affermato dal SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlino, 1840, vol. 3°, pag. 86 e seg. (FERRINI [*Esposiz. stor. e dottr. del d. pen. rom.*, in vol. I, pag. 46 e 47, nota 5] si limita a riferire singole decisioni senza formulare in base ad esse una regola generale). Che sotto tale punto di vista li considerasse il diritto canonico viene espressamente attestato dal cap. VII della causa XV, quaest. I: « *Sane discimus vitandam ebrietatem, per quam crimina cavere non possumus. Nam quae sobrii cavemus per ebrietatem ignorantes committimus. Nesciunt quid loquuntur qui nimio vino indulgent: jacent sepulti: ideoque si qua per vinum deliquerint apud sapientes judices* VENIA QUIDEM FACTA DONANTUR SED LEVITATIS DAMNANTUR AUCTORES. E perchè sotto questo punto di vista li voleva veder considerati il MORI (*Teorica del codice penale toscano,* Firenze, 1854, pag. 52 e seg.) si astenne dal far espressa menzione nel suo codice della ubbriachezza trattando delle cause escludenti od attenuanti l'imputabilità.

fatto compiuto dall'ubbriaco, alle diminuzioni stabilite dal n. 1 del primo capoverso dell'art. 48, non sono quindi in realtà pene attenuate a causa di minore imputabilità, ma pene giustificate soltanto dall'imputazione del fatto ingiusto e risultato dannoso dell'essersi ubbriacati.

Ed in realtà esse non differiscono gran fatto da quelle, che colpiscono chi per un fatto imprudente diverso dall'avere smodatamente bevuto commette un delitto analogo, pel risultato a cui ha dato luogo, al delitto commesso dall'ebbro.

L'ubbriaco viene punito colla reclusione da uno ad otto anni, ove la pena applicabile sia quella dell'ergastolo; all'interdizione perpetua dai pubblici ufficî è sostituita l'interdizione temporanea [1]); e le altre pene sono applicate in misura inferiore ad un sesto (art. 48, capoverso 1.°, n. 1).

Quindi supposto, che un ubbriaco abbia ucciso alcuno, si dovrà applicargli meno d'un sesto della pena stabilita o contro l'omicida o, come sarebbe più esatto, contro l'autore del ferimento seguìto da morte. Adottando la prima alternativa gli si dovrà infliggere pertanto la reclusione per meno di tre anni o per meno di tre anni e mezzo; adottando l'altra per meno di due anni o per meno di tre, a seconda che si muova dal minimo o dal massimo della pena, e si potrà sempre ridurne la durata a soli tre giorni (art. 364, 368, 48 capov. 1.°, n. 1).

Ora le pene stabilite contro chi per imprudenza, negligenza, imperizia od inosservanza di regolamenti cagiona la morte di alcuno, sono quelle della detenzione da tre mesi a cinque anni e della multa da lire cento a tremila (art. 571).

La differenza in meno, che per fortuna in pratica può essere notevolmente attenuata da un prudente uso del largo potere discretivo lasciato al magistrato, stabilita quanto alla durata della pena restrittiva della libertà personale a favore dell'ubbriaco, non è certo facilmente giustificabile.

Nella ipotesi prevista dal numero secondo del capoverso testè citato la pena deve essere invece applicata non a seguito della imputazione della ebrietà, ma come conseguenza della imputazione del fatto compiuto in stato d'ebrietà, perchè quando questa non è giunta a tal grado da togliere la coscienza o la libertà dei proprî atti at-

---

[1]) Anche a questo caso è applicabile quanto s'è osservato a pag. 103, nota 1, circa alla limitazione di tale sostituzione alle ipotesi di comminazione diretta della interdizione perpetua.

tenua, ma non esclude l'imputabilità [1]), come non la esclude la malattia mentale dipendente da una causa diversa dalla intossicazione alcoolica.

Ragionevolmente pertanto si sarebbe dovuto limitarsi a prevedere tutto al più questa ipotesi, per stabilire, che quando la parziale alterazione della mente dipenda da ubbriachezza, in luogo delle diminuzioni di pena accordate dall'art. 47 debbano applicarsi quelle più ristrette fissate dal numero secondo del primo capoverso dell'art. 48. Ed anche della opportunità di far ciò si potrebbe dubitare, perchè talora anche le malattie mentali non dipendenti da ubbriachezza sono acquisite mediante sregolatezza di vita od una riprovevole dedizione a passioni, che finiscono poi coll'impadronirsi siffattamente di chi vi si abbandona, da sconvolgerne la mente.

Quando la malattia mentale abbia ottenebrata del tutto l'intelligenza od annichilita affatto la facoltà di vagliare i diversi motivi d'agire prima di determinarsi all'azione, non è il caso d'incriminare il fatto volontario e riprovevole d'averla causata per colpa propria, se non si tratti di abuso di sostanze inebrianti. Imperocchè tutti gli altri fatti provocano una malattia non brevissima, ma di lunga durata e per lo più insanabile, onde la loro incriminazione, se soddisferebbe le esigenze rigorose della logica giuridica, sarebbe praticamente inopportuna, perchè il protrarsi della malattia colposamente contratta e per effetto della quale si è commesso il fatto illecito, impedirebbe nella massima parte dei casi la celebrazione del processo, e nei pochissimi casi, in cui una pronta guarigione rendesse possibile il giudizio e la punizione, queste misure oltre al riescire tanto odiose, da doversi presumere, che si tenterebbe ogni via per rendere illusorio il primo e sottrarsi alla necessità di applicare la seconda, non contribuirebbero per modo alcuno a rendere più probabile l'osservanza delle norme giuridiche, che interdicono di esporsi ad una malattia, che rende pericoloso chi ne è affetto, dovendo di necessità riescire assolutamente nulla l'efficacia preventiva di una comminazione penale per chi sia così temerario o così spensierato, da non poter essere frenato dal timore dei mali, che tal malattia

---

[1]) Non deve parer contraddittorio il riconoscere, che l'ubbriachezza piena, anche quando sia volontaria, esclude l'imputabilità, ed ammettere, che chi essendone affetto ha commesso un fatto costituente reato, debba essere punito, giacchè l'esclusione dell'imputabilità si riferisce allo stato manifestatosi in seguito alle eccessive libazioni, la pena si applica per essersi, quando ancora si era imputabili, ridotti in questo stato.

già di per sè, e senza che vi si aggiunga l'opera del legislatore, produce.

Ma se la malattia non sia tale da escludere l'imputabilità, allora si dovrebbe tener presente, come la presunzione, che solo quando si tratti di ubbriachezza non accidentale il malato sia diventato tale per colpa sua, non corrisponde punto alla verità, e converrebbe pertanto lasciare al giudice la cura di tener presente nei casi, in cui le risultanze della causa lo consiglino, anche l'indole del fatto, che ha causata la malattia, nella determinazione della precisa quantità della pena, rinunziando a fissare pèr legge una distinzione, che limitata alla ubbriachezza riesce in sostanza ingiusta, estesa a tutte le malattie mentali, obbligherebbe il giudice ad istituire indagini, che talora potrebbero riescire assai malagevoli, senza avere poi mai risultati pratici rilevanti.

Ed infatti ove si confronti il numero secondo del primo capoverso dell'art. 48 coll'art. 47 tosto si scorge, come, a prescindere dal caso in cui la pena normale sarebbe quella dell'ergastolo, le differenze nella quantità della pena, a cui conduce l'applicazione dell'una o dell'altra di tali disposizioni di legge, sono così tenui, da non valer la pena di continuare, a mantenerle distinte.

Questo numero 2 del primo capoverso dell'art. 48 vuol sostituita all'ergastolo la pena della reclusione per non meno di dieci anni e stabilisce nella quota fissa della metà la diminuzione, a cui devono sottostare tutte le altre pene [1]).

Cosicchè possono esservi anzi dei casi, in cui colui, del quale è dichiarato, che è incorso per colpa propria nell'ubbriachezza, venga assoggettato ad una pena minore di quella, che colpisce chi commette il medesimo fatto trovandosi in istato d'ubbriachezza contratta accidentalmente. La possibilità di questa ipotesi si verifica rispetto ai reati, che danno luogo ad una pena eccedente i sei anni, essendo in questi casi ammessa [2]) l'applicazione d'una pena inferiore d'un sesto soltanto a quella normale.

---

[1]) Quindi l'interdizione perpetua dai pubblici uffici non essendo suscettiva di frazionamento si applica in questo caso senza tenere alcun conto della verificatasi circostanza dell'ubbriachezza.

[2]) Ciò si è negato dal Lanza (*Sull'ubbriachezza accidentale - Supplemento alla Riv. pen.*, vol. III, pag. 245-256), ma con argomentazioni, che dimostrano soltanto, come a lui questa possibilità sembri ingiusta, e non già, che il codice non l'ammetta, e che la giurisprudenza abbia errato nel riconoscere, che essa è ammessa. Del resto non è neppure da concedersi senz'altro, che tale possibilità sia assolutamente irrazionale: essa si risolve nella concessione di un arbitrio assai

Quando l'ubbriachezza non è accidentale, vien poi dal legislatore accordato alla circostanza, che essa siasi contratta da chi è solito ad ubbriacarsi, un duplice effetto.

Il giudice ha la facoltà di ordinare, che la pena sia scontata in uno stabilimento speciale, e le attenuazioni di pena dipendenti dalla circostanza dell'ubbriachezza vengono accordate in più scarsa misura. Se l'ubbriachezza era giunta al punto da togliere la coscienza o la libertà d'agire, all'ergastolo si sostituisce la reclusione da tre a dodici anni, e le altre pene vèngono ridotte a non meno di un sesto e non più di un terzo, rimanendo invariata soltanto la sostituzione dell'interdizione temporanea a quella perpetua nei casi, in cui questa dovrebbe applicarsi a seguito della diretta comminazione fatta dal legislatore in previsione del reato commesso. Se l'ubbriachezza diminuisca grandemente la coscienza o la libertà d'agire senza escluderla, all'ergastolo si sostituisce la reclusione da diciotto a ventiquattro anni, e le altre pene sono applicate colla diminuzione di un terzo, rimanendo sempre esclusa ogni influenza dell'ubbriachezza sull'applicabilità dell'interdizione perpetua dai pubblici ufficî.

In caso di ubbriachezza accidentale non si tiene conto alcuno dell'abitudine di ubbriacarsi, perchè manca ogni nesso fra tale abitudine viziosa e l'ebbrezza, nella quale si è caduti per un caso fortuito indipendente dalla condotta tenuta in precedenza.

Quando si abbia l'abitualità dell'ubbriachezza il codice non lo dice, ed in ciò ha fatto benissimo, perchè la constatazione di un vizio va intieramente rimessa all'apprezzamento del giudice, nè si può sostituire ad esso l'accertamento di circostanze, che al legislatore sembrino atte a fornire la prova di questo vizio, senza esporsi a provocare con ciò decisioni poco o nulla rispondenti alla verità materiale, alla quale ben di rado il sistema delle prove legali riesce a condurre.

Qualora l'abitudine di bere eccessivamente si fosse spinta a tal segno, che in conseguenza di essa si fosse prodotta la manìa alcoolica, più non sarebbe il caso però di applicare l'art. 48, per quanto l'autore del fatto incriminato potesse trovarsi, ipotesi che non saprei

---

largo al giudice, ma nè si deve presumere, che il giudice di questo arbitrio faccia uso cattivo, nè può dirsi, che ne abbia abusato tutte le volte, che infligge allo ubbriacatosi colposamente una pena più mite di quella inflitta all'ubbriacatosi accidentalmente, potendovi essere altre circostanze, le quali dimostrino — giacchè si tratta di ubbriachezza non piena e le azioni compiute sotto l'influenza di essa rivelano fino ad un certo punto il carattere del loro autore, e non dipendono solo dalla alterazione mentale — come costui sia individuo più pericoloso dell'altro.

fino a qual punto possa essere di fatto verificabile, in stato di ebrietà. Parlando di ubbriachezza abituale il legislatore non ha punto inteso riferirsi a quel vero stato di malattia, che può essere conseguenza di un inveterato alcoolismo, e che quando si verifichi produce quelle stesse conseguenze giuridiche, che son proprie delle altre malattie mentali.

L'ubbriachezza procurata per facilitare l'esecuzione del reato o per preparare una scusa [1]) non dà luogo ad alcuna diminuzione di pena (art. 48, capov. ult.). In teoria questa massima non presenta difficoltà, perchè dato pure, che l'autore del reato nel momento, in cui materialmente lo sta perpetrando, non abbia coscienza dei proprî atti, egli dovrebbe egualmente ritenersene responsabile in via penale per averli voluti, se effettivamente li abbia compiuti a seguito della deliberazione presa, mentre era sano di mente. In questa ipotesi gli atti compiuti inconsciamente dall'ebbro vanno completamente equiparati alla esplicazione ulteriore d'una forza bruta messa consciamente in moto dall'agente: esplicazione, che può continuare mentre l'autore del reato non è in grado di rendersene conto, senza che per questo venga meno l'elemento della volontarietà.

Ma se si comprende benissimo, come, una volta che sia preparato il veleno, il veneficio possa consumarsi anche mentre l'avvelenatore se ne sta tranquillamente dormendo, perchè il veleno non ha bisogno, per produrre i suoi micidiali effetti, del concorso immediato ed attuale dell'intelligenza di costui, si stenta a capire [2]), come

---

[1]) CARRARA (*Programma,* Parte generale, Lucca, 1871, pag. 222) dichiara, che questa ubbriachezza si suole chiamare *affettata.* E dopo di lui effettivamente molti così la chiamarono. Tale terminologia però malamente si adatta alla prima delle due varietà, in cui questa specie di ubbriachezza si suddivide, e dell'uso da lui attestato a me non è riescito di trovare traccie sicure. CARMIGNANI (*Juris criminalis elementa,* Pisa, 1819, vol. I, pag. 83 e seg.) parla di ubbriachezza *affettata* e *preordinata* non come di una medesima cosa designata mediante questi due termini diversi, ma come di due varietà dell'ubbriachezza, che non scusa. MENOCHIO citato dal CARMIGNANI (*De arbitrariis judicum quaestionibus,* Venezia, 1526, fol. 275, caso 326, n. 9) qualifica *affettata* l'ubbriachezza di chi di proposito si ubbriaca e di proposito essendo ubbriaco delinque, ma aggiunge a tale qualifica quella di *dolosa,* e di *degna di grave pena,* sicchè non pare, che volesse attribuire a tale aggettivo un valore tecnico. RENAZZI, CREMANI, POGGI, GIULIANI, PUCCIONI, MORI, NICOLINI, non usano affatto la locuzione in questione.

[2]) Non a torto WAHLBERG (*Das Princip der Individualisirung in der Strafrechtspflege,* Vienna, 1869, pag. 78) qualifica fantastica (letteralmente *estranea alla vita*) l'ipotesi, in vista della quale si è costrutta la teoria dell'ubbriachezza preordinata od affettata.

il mettersi bevendo nella impossibilità di sapere che cosa si faccia giovi ad agevolare l'esecuzione di una impresa criminosa. A meno che si tratti di reato tale da potere essere commesso mediante una omissione, solo pertanto una ubbriachezza ben moderata ed a mala pena meritevole di tal nome potrà essere stata procurata, per facilitare l'esecuzione del reato o preparare una scusa, e siccome l'ubbriachezza dovrebbe per essere presa in considerazione dal giudice aver prodotta quella grande alterazione nelle facoltà intellettuali e volitive, di cui parla l'art. 47, ben difficilmente si presenterà l'opportunità pratica d'applicare l'ultimo capoverso dell'art. 48.

§ 4.

Età.

48. Il nostro codice fissa (art. 53 alinea) a nove anni l'età, al disotto della quale non si risponde di fronte alla legge penale di quanto siasi fatto, sebbene da altre disposizioni delle leggi civili e penali [1]) sembri risultare, che il legislatore non considera il ragazzo di nove anni ancora abbastanza sviluppato, perchè si possa tener conto delle manifestazioni della sua volontà.

Si potrà dissentire intorno alla fissazione del tempo, che deve assegnarsi alla durata di questo primo periodo di irresponsabilità assoluta, ma non può disconoscersi, che esso deve essere ammesso dalla legislazione positiva, perchè corrisponde alla gradualità dello sviluppo dell'uomo. Vi è cioè nella vita umana un periodo di tempo, in pendenza del quale si può essere incerti, se siasi già verificato lo sviluppo occorrente, perchè si possa parlare d'imputabilità; ma ve n'è altresì uno durante il quale la possibilità di ogni dubbio è assolutamente esclusa per la manifesta mancanza di qualsiasi discernimento. Certo è inevitabile, che nello stabilire fino a quando debba protrarsi questo periodo, che incomincia dalla nascita, si vada nello arbitrio; ma questo è un inconveniente, che si deve di necessità subìre ogniqualvolta si tratta di fissare un termine qualsiasi, ed è di gran lunga compensato dal vantaggio, che deriva dalla elimina-

[1]) Finchè non abbia dieci anni il minore non è ammesso ad esprimere la propria opinione intorno al luogo, in cui deve essere allevato ed all'educazione, che conviene dargli (*cod. civ.*, art. 278); finchè non ne abbia sedici non è ammesso ad assistere al consiglio di famiglia (*cod. civ.*, art. 251); finchè non ne abbia dodici si considera come violento il plagio, lo stupro ed il ratto commesso sopra di esso, ancorchè vi abbia consentito (*cod. pen.*, art. 148, 331, 341).

zione delle incertezze e dalla contemporanea applicazione di criterî disformi, a cui si sarebbe esposti, se si lasciasse al giudice la cura di stabilire caso per caso, quando sia trascorso il tempo sufficiente, perchè un determinato effetto giuridico abbia a ritenersi verificato.

49. Il giudice deve acquistare la convinzione, che il minore non abbia ancora raggiunta l'età degli anni nove, per poter in base a tale circostanza dichiarare non farsi luogo a procedimento; col che non è detto, che spetti al minore di fornire la prova relativa, giacchè in penale non si può propriamente parlare di divisione d'onere di prova, mentre manca persino il contrapposto dell'attore al convenuto, ma solo che non si deve troncare il procedimento o rinunciare ad istituirlo se non quando risulti, che colui contro il quale esso era stato iniziato o si dovrebbe iniziare non ha compiuta l'età degli anni nove, e non attendere ad iniziare un procedimento penale fino a che non consti, che l'individuo contro il quale si tratta di farlo ha superata tale età.

L'età ordinariamente sarà desunta dall'atto di nascita, e nella nostra pratica una copia di tale atto suole essere a diligenza del pubblico ministero allegata ai processi penali, anche perchè essa serve a far conoscere a quale cancelleria debba venir richiesto il certificato penale dell'imputato. Giusta l'art. 374 del codice civile [1]) poi l'atto di nascita deve enunciare anche l'ora della nascita, e quindi la decorrenza dei nove anni, che devono essere trascorsi dal momento della nascita, per rendere il ragazzo imputabile, non incomincierà dal giorno, ma propriamente dall'ora [2]), in cui è nato, sicchè ove taluno nato nelle ultime ore del primo gennaio del mille ottocento novantatrè avesse al mattino del primo gennaio dell'anno corrente commesso un fatto previsto come reato dalla legge, non si potrebbe contro di lui procedere. Gli anni nove si computano secondo il calendario comune [3]), e quindi chi sia nato il ventotto febbraio, ed entri nel suo decimo anno in un anno bisestile, per tutto il ventotto feb-

---

[1]) L'accertamento dell'età delle persone nate prima dell'andata in vigore del codice civile non può oramai più influire sulla determinazione della loro imputabilità penale.

[2]) Quando il legislatore vuole, che un termine si computi a giorni interi e non ad ore lo dichiara espressamente, come ha fatto all'art. 2133 del codice civile.

[3]) Quando il legislatore vuole assegnare ad un periodo di tempo una durata diversa lo dichiara espressamente, come ha fatto nel capoverso dell'art. 2133 del codice civile, e nel primo periodo del primo capoverso dell'art. 30 del codice penale.

braio di quell'anno e per quella parte del ventinovesimo giorno, che precede l'ora, in cui avvenne la sua nascita continua ad essere non imputabile penalmente, mentre cesserebbe d'esserlo al ventotto di febbraio (giacchè gli anni bisestili si ripetono giusta una serie esclusiva del ritorno di uno di essi all'intervallo di nove anni) chi fosse in anno bisestile nato al ventinove di tale mese.

Qualunque mezzo di prova deve però essere ammesso senz'altro per assegnare al minore un'età maggiore di quella risultante dal suo atto di nascita, giacchè questo stabilisce solo (*codice civile*, art. 363, capov. 1.°) una presunzione per la conformità al vero della dichiarazione fatta in proposito da chi ha denunziata la nascita. Per assegnargli un'età minore di non più di cinque giorni si è similmente liberi di ammettere senz'altro le prove tendenti a smentire la dichiarazione ricevuta dall'uffiziale dello stato civile; ma ove si volesse ridurre l'età dell'imputato di un periodo di tempo maggiore, bisognerebbe seguire il procedimento tracciato al titolo secondo del libro terzo del codice di procedura penale, perchè allora si impugnerebbe non già la veridicità della dichiarazione, ma quella dell'atto, al quale l'ufficiale dello stato civile, o chi ha falsamente assunta tale qualità nella redazione dell'atto, avrebbe apposta una data anteriore alla vera (*codice civile*, art. 367, alinea 371).

Verificandosi alcuna delle ipotesi previste nell'alinea dell'art. 364 del codice civile o se si abbia da procedere contro un imputato nato in paese, nel quale non si tengano atti dello stato civile, la prova della sua età potrà giusta il citato articolo essere fornita sia con documenti o scritture diverse dall'atto di nascita, sia con testimonî, come si potrà con tali mezzi di prova riparare alle deficienze, che pel modo irregolare, nel quale fossero stati tenuti gli atti dello stato civile, presentasse l'atto di nascita in ordine alla precisa determinazione di essa. Nè vi sarebbe ragione per escludere la prova peritale, quando gli altri mezzi di prova venissero meno, ipotesi però che difficilmente potrà verificarsi a meno che si abbia un processo a carico di un ragazzo, del quale non siasi potuta stabilire l' identità. Inapplicabile ai processi penali è poi da ritenersi il divieto formulato nel capoverso dell'art. 364; perchè, se il giudice non è autorizzato a ritenere la sussistenza, come indurrebbe a far credere l'ambiguo precetto di risolvere a favore del reo ogni dubbiezza, dei fatti, che escludono od attenuano la responsabilità penale appena manchi la prova della loro impossibilità, egli deve però come pel periodo istruttorio è espressamente prescritto dal primo capoverso dell'art. 84 in genere, ed in ispecie dall'alinea dell'art. 240 del codice di proce-

dura penale, e come pel giudizio risulta dal complesso delle disposizioni, che lo regolano, indipendentemente da ogni richiesta delle parti accertare così i fatti, che stabiliscono, come quelli, che escludono od attenuano la reità del giudicabile.

50. Al primo periodo ne tien dietro un altro di responsabilità condizionata e meno piena, che giunge fino ai quattordici anni, salvo che si trattasse dei reati previsti dagli articoli 14, 15, 17, 19, 25 dell'editto sulla stampa o della provocazione a commettere alcuno di tali reati, nel qual caso si deve [1]) procedere all'accertamento del discernimento dell'imputato fino a che egli non abbia compiuto il sedicesimo anno (art. 67 dell'*editto sulla stampa*).

Se risulta [2]), che il minore degli anni quattordici abbia agito con

---

[1]) Ciò veramente è prescritto nella ipotesi, che di tali reati abbiano a giudicare i giurati; ma siccome i giudizi fatti coll'intervento dei giurati si distinguono dagli altri soltanto per la diversità della procedura e non per l'applicazione di leggi penali diverse, è da ritenere, che la disposizione la quale impone al presidente d'interrogare i giurati sulla ricorrenza dell'estremo del discernimento essendo di diritto materiale e non di diritto formale, debba osservarsi colle modificazioni portate dalla diversità del rito, anche nei giudizi, che si svolgono innanzi ai magistrati permanenti, per essersi ad essi attribuita la competenza a giudicare di alcuno fra i reati, la cognizione dei quali era dall'editto del 26 marzo 1848 attribuita al magistrato d'appello coll'aggiunta dei giudici di fatto. Tale cambiamento di competenza per ora si è verificato rispetto ai reati previsti dagli art. 17 e 25 dell'editto sulla stampa e rispettivamente dagli art. 128 e 339 del codice penale, ed alla provocazione a commettere alcuno dei reati previsti dagli art. 20, 22, 23 e 25 dell'editto sulla stampa, la quale era per parte sua prevista dall'art. 13 del detto editto, e lo è adesso dagli art. 246 e 247 del codice penale.

[2]) Pessina (*Elementi di diritto penale*, Napoli, 1886, vol. III, pag. 236) ritiene, che la legge col vietare, che siano sentiti con giuramento i minori degli anni quattordici sia venuta *ad affermare una presunzione di mancanza di discernimento morale, inerente all'età minore, per rispetto al reato di falsa testimonianza*, e che quindi al giudice non sia permesso di istituire l'esame di fatto sulla ricorrenza del discernimento, quando al minore si voglia imputare tale reato, ma debba senz'altro mandarlo prosciolto, ed adduce a favore della sua opinione una sentenza della Cassazione di Torino e l'autorità della legislazione belga.

In senso contrario si è manifestata l'attuale Cassazione con sentenza 26 agosto 1896 (*Cassazione unica*, vol. VIII, col. 117), ed invero il capoverso dell'art. 285 del codice di procedura penale dice, che chi non abbia raggiunta l'età di quattordici anni non può essere sentito come testimonio se non per semplici indicazioni e schiarimenti: quindi in quanto fornisca queste indicazioni e questi schiarimenti assume la qualità di testimonio. Della minor forza probatoria della sua deposizione, alla quale corrisponde un danno minore nel caso, che essa sia falsa, si è tenuto conto sufficiente mediante il capoverso ultimo dell'art. 214 del codice penale, mentre bisognerebbe, che tale deposizione non potesse influire affatto sulla decisione giudiziale, per poter giustamente sostenere, che essa non può riescire

discernimento, la pena dell'ergastolo viene per lui commutata in quella della reclusione da sei a quindici anni, e le altre pene si applicano colle diminuzioni determinate nei numeri 3 e 4 dell'art. 47 rispetto a chi sia affetto da una infermità di mente, che abbia scemata grandemente la sua imputabilità senza escluderla. Se la pena sia restrittiva della libertà personale, ancorchè sostituita da una pena pecuniaria, il colpevole, che al tempo della condanna non abbia ancora compiuto i diciotto anni, la sconta in una casa di correzione (art. 54 capov. 1 e 2).

Questa ricerca sul discernimento deve dal giudice essere istituita tenendo presente lo scopo, al quale essa tende. Non si tratta già di decidere intorno al grado di sviluppo delle facoltà intellettuali del ragazzo, per vedere se si possa o no incominciare ad impartirgli un dato insegnamento con probabilità, che ne abbia a profittare, ma di sapere, se egli si sia reso conto degli effetti, che avrebbe prodotti col suo modo di agire e se già la sua volontà incomincia a funzionare in modo, che le volizioni sue siano precedute da un confronto fra i diversi motivi di agire. Sulla soluzione della prima di tali due questioni, nelle quali si risolve la ricerca del discernimento, non può a meno evidentemente di esercitare grande influenza l'indole speciale del fatto compiuto [1]), perchè l'esperienza della vita quotidiana inse-

---

nociva, e che quindi non v'è ragione, per punirne l'autore, se non sia conforme al vero. Le censure mosse al giudicato della Corte suprema dal MORTARA (in una sua nota alla decisione di essa inserita nella *Giurisprudenza italiana,* vol. XXVIII, parte 3.ª, pag. 142) a me sembrano non informate a quella severità di metodo, che suole contraddistinguere i suoi lavori: fondate sono in parte le censure, che egli muove al sistema, che ci governa in fatto di ammissione di prove, ma non riescono abbastanza determinate e concludenti. Ciò, che è da considerare come un anacronismo, si è, che il legislatore dichiari non imputabile il minore degli anni nove, e tolleri, che i suoi racconti, per quanto non preceduti dalla prestazione del giuramento, vengano ascoltati dai giudici, e possano servir di base ad una pronunzia giudiziale.

[1]) Non mi pare per altro, che sarebbe desiderabile vedere, come propone LANZA (*La minorante dell'età nelle varie specie di reati* - *Rivista penale,* vol. XLIV, pag. 424-437), fissati per legge altrettanti limiti diversi quanti sarebbero i gruppi, in cui si dividessero i reati a seconda della maggiore o minore facilità di conoscerli come tali, giacchè non è tanto la classe, alla quale appartiene il reato, quanto la modalità del fatto quella, che può rendere più o meno malagevole la valutazione della sua importanza giuridica; e mi pare poi, che le divisioni da lui proposte non siano in massima raccomandabili all'accettazione del giudice. I delitti contro la libertà dei culti, quelli contro la libertà del lavoro, la violenza e la resistenza all'autorità, l'oltraggio, l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni e (come egli dice) *tutti quei delitti che derivano da intolleranza e da un esagerato con-*

gna ben presto al ragazzo quali siano gli effetti d'una percossa o della esplosione di un'arma da fuoco, ma bisogna, che egli abbia avuta una certa istruzione, per poter capire ad esempio, che farebbe male, se in tempo di guerra spontaneamente servisse da guida a soldati nemici (*cod. pen.*, art. 106). Sarà però specialmente quando il ragazzo abbia partecipato al reato altrui, che potrà constatarsi in lui una vera insufficienza delle cognizioni occorrenti, per poter essere ritenuto responsabile del risultato, che ha concorso a produrre.

Sulla soluzione della seconda questione deve poi influire la considerazione delle circostanze, nelle quali si è svolto il fatto, e fra esse merita speciale attenzione quella d'una eventuale suggestione cui il ragazzo abbia ceduto. Nei bambini la volontà è assai più debole dell'intelligenza, e se sorpassati, che abbiano gli anni nove più non si può dominarli al punto da provocare in loro sensazioni non corrispondenti agli stimoli esteriori, o da annullare l'efficacia che ad altri stimoli competerebbe [1]), non è malagevole a chi se ne abbia acquistata la confidenza od a chi ispiri ad essi timore, di indurli

---

cetto della propria dignità e dal pensiero pure esagerato di farsi rispettare e di farsi valere ed i delitti di carne son costituiti da fatti, che, quando siano commessi da ragazzi, non lo saranno davvero perchè essi non s'accorgano di far male compiendoli, ma perchè la prepotenza e la lussuria si manifesta in essi con una precocità tale, che se lascia poca speranza di riescire a correggerli, consiglia almeno di tentare di farlo col sottoporli risolutamente ad un trattamento energico e severo. Sono i fatti provenienti non da un esagerato concetto della propria dignità, ma dall'assenza o dalla deficienza del sentimento della dignità personale quelli, che a me sembrano più facilmente dipendenti da mancanza di discernimento. Pur troppo quelli potendo essere anche commessi da giovanetti appartenenti a famiglie agiate trovano tutto il mondo disposto alla compassione; questi avendo per autori quei disgraziati, che son destinati ad iniziare la vita nello squallore e nell'abbandono ed a finirla nelle carceri, sogliono eccitare la ripugnanza delle persone bene allevate. Ma contro quella pietà e contro questo sentimento di ripulsione deve insorgere il giurista, e proclamare altamente, che è ben difficile, che sia giusta una condanna per furto pronunziata contro un giovanetto inferiore agli anni quattordici, e che sarebbe ancor più difficile, che giusta fosse una dichiarazione di non luogo a procedere emessa in confronto d'un suo coetaneo, che abbia beffeggiata o presa a sassate una povera guardia. Ma se questo ragazzaccio è figlio d'una persona influente chi lo denunzia?

[1]) Nel suo accurato studio sullo sviluppo delle facoltà intellettuali dell'uomo Preyer (*Die Seele des Kindes*, Lipsia, 1895, pag. 223) osserva, come se ad un bambino di due anni e mezzo, che ha già mangiato alquanto, ma è disposto a continuare, in tuono risoluto ed a voce alta, senza però spaventarlo, si dice « ora il ragazzo è sazio », egli allontanerà dalla bocca il biscotto, che stava per mordere, e lo deporrà; e come sia facile convincere un ragazzo di tre o quattro anni, che il dolore proveniente da una caduta sia passato, che egli non abbia

ad assecondare le proposte fatte loro o ad eseguire gli ordini ricevuti con tanta prontezza, da escludere la possibilità di discernere la illeceità di quelle o di questi, sebbene non difettino delle cognizioni teoriche occorrenti per riconoscerla, qualora avessero avuto campo di riflettere intorno a quello, che stavano per fare.

51. Così rispetto al minore degli anni nove, come rispetto al minore degli anni quattordici prosciolto per mancanza di discernimento, il presidente del tribunale civile sulla richiesta del pubblico ministero può ove il fatto sia preveduto dalla legge come un delitto, che importi l'ergastolo o la reclusione, ovvero la detenzione non inferiore ad un anno, ordinare con provvedimento revocabile, che egli sia rinchiuso in un istituto di educazione e di correzione per un tempo, che non oltrepassi la maggiore età; ovvero può ingiungere ai genitori, o a coloro, che abbiano obbligo di provvedere all'educazione del minore, di vigilare sulla condotta di lui sotto pena, in caso di inosservanza ed ove il minore commetta un delitto qualsiasi, di una ammenda sino a lire duemila (art. 53 capov., 54 alinea).

52. Il periodo in cui incomincia la responsabilità normale è ancora poi preceduto da due altri, durante i quali la considerazione dell'età non può valere a far escludere l'imputabilità, ma meno gravi sono gli effetti di questa.

Al minore degli anni diciotto il codice vuole, che invece dell'ergastolo sia inflitta la reclusione da dodici a venti anni, sostituendosi alla pena temporanea superiore ai dodici anni una pena della durata da sei a dodici, a quella superiore ai sei anni, ma non ai dodici, una pena della durata da tre a sei anni; riducendosi negli altri casi la pena alla metà, salvo che si tratti di pene pecuniarie, le quali sono diminuite soltanto di un terzo (art. 55 alinea). Se al tempo della condanna il colpevole non abbia ancora compiuto i diciotto anni, il giudice può ordinare, che la pena restrittiva della libertà personale sia scontata in una casa di correzione (art. 55 capov.).

Nè al minore degli anni quattordici, nè al minore degli anni diciotto sono mai applicate l'interdizione dai pubblici uffici e la sottoposizione alla sorveglianza speciale della pubblica sicurezza. Tale limitazione del campo d'applicazione di siffatte misure appalesa nel legislatore l'opinione, che esse di lor natura rendano troppo malagevole

---

sete, che non sia stanco, purchè il colpo non sia stato troppo forte, o la fatica non abbia sorpassato d'assai i limiti delle sue forze, o la mancanza di bevanda non sia durata eccessivamente; e le esperienze, che la vita quotidiana ci presenta, confermano indubbiamente la verità di tali osservazioni.

l'emenda di chi vi è sottoposto, la quale nei delinquenti di ancor tenera età si può meno difficilmente verificare (art. 54 capov. 3, art. 55 capoverso).

Il minore degli anni ventuno soggiace alla reclusione da venticinque a trent'anni, se la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi [1] la pena normale viene per lui dimi-

---

[1]) L'art. 169 della legge sul reclutamento sull'esercito, il cui testo unico fu approvato con R. decreto 6 agosto 1888, n. 5655 (serie 3.ª), commina il carcere da uno a due anni contro i renitenti arrestati; il carcere da due a sei mesi contro quelli, che si presentano spontanei prima della scadenza di un anno; il carcere da sei mesi ad un anno contro coloro, che si presentano spontanei dopo questo limite di tempo, e diminuisce tali pene rispetto a quelli, che siano giudicati inabili al servizio militare, e le raddoppia in caso di guerra. La latitudine della pena consente al magistrato, se vuole esser severo contro il minore degli anni ventuno, che si trovi in uno dei due primi casi, di esserlo, anche dichiarando a lui applicabile il disposto dell'art. 56 del codice penale in base all'art. 10 dello stesso codice ed al 176 della legge sul reclutamento. Sicchè la questione relativa all'applicabilità dell'art. 56 del codice al reato di renitenza di leva ha importanza pratica, in quanto il giudice od abbia voluto applicare (ipotesi poco probabile) il massimo della pena, od abbia ridotto di un sesto il minimo della pena, ed il pubblico ministero si gravi della sua decisione; potendo questa nella sostanza rimanere invariata, salvo a motivare altrimenti la determinazione della pena, quando essa sia di un sesto almeno inferiore al limite massimo. Contro la soluzione affermativa prevalsa nella giurisprudenza (Cassazione di Napoli, 14 dicembre 1885, 17 maggio 1886; Cassazione di Roma, 10 aprile 1890; Appello di Palermo, 29 dicembre 1892, *Riv. pen.*, vol. XXIII, pag. 194; XXIV, 106; XXXI, 615; XXXVII, 617) si adduce, che il legislatore nello stabilire la pena contro i renitenti non poteva dimenticare, come nella renitenza si soglia incorrere prima di aver compiuti gli anni ventuno, e che perciò è logico supporre, che di questa circostanza abbia egli stesso tenuto il debito conto nella determinazione della pena (Vico, *Del reato di renitenza alla leva* - *Riv. pen.*, vol. XXXI, pag. 55); che il reato di renitenza è permanente, e quindi si consuma al momento, in cui si incorre nella renitenza, ed anche quando il renitente sia giudicato mentre ha compiuto il ventunesimo anno di età, si dovrebbe dai fautori dell'opinione contraria accordargli sempre la diminuente, e che analogamente il diritto romano decise casi simili (Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità,* Torino, 1896, vol. II, pag. 322 e seg.). Il secondo di questi argomenti basta a ribattere il primo. Appunto perchè la renitenza alla leva costituisce un reato permanente, è arbitrario supporre, che il legislatore nella determinazione della pena si sia riferito all'ipotesi, che essa vada applicata ad un minorenne. Il reato permanente, come il Gabba nel passo riferito dal Vico nella succitata sua monografia a pag. 54, in nota, giustamente rileva, non implica una ripetizione dell'atto originario, col quale se ne ebbe la consumazione, ma la persistenza in esso costituisce con quell'atto una unità ideale *in guisa che questa consumazione possa essere indifferentemente collocata in qualunque momento di quella durata,* e quindi anche prescindendo dalle ipotesi di rimandi o di ritardo nella chiamata è erroneo l'affermare, che il legis-

nuita di un sesto (art. 56). Anche questa diminuzione [1]) di pena apparisce giustificata, ove si tenga presente come lo sviluppo della facoltà volitiva sia più lento dello sviluppo dell' intelligenza, per modo che mentre i giovani d'età inferiore agli anni ventuno ordinariamente hanno un'attitudine non minore di quella, che si possiede dagli uomini di età più avanzata, a comprendere i pensieri altrui ed a pensare per conto proprio, solo in via eccezionale vanno esenti da una irriflessione e spensieratezza ben superiore a quella, che può riscontrarsi negli uomini d'età matura per quanto siano rozzi ed ignoranti. Mentre poi tutte le gradazioni in genere nella responsabilità penale a causa della diversità dell'età, e che non trovano riscontro nella legislazione civile, la quale pareggia senz' altro i minori [2]) ai

---

latore non potesse riferirsi, che a minorenni. Se taluno anzichè di renitenza alla leva fosse imputato di detenzione di strumenti destinati esclusivamente alla contraffazione di monete (art. 260) o di sigilli o bolli contraffatti (art. 271), e risultasse, che la detenzione ha incominciato a verificarsi prima che egli compiesse i diciotto od i ventun anni, ma si è protratta fino al raggiungimento dell'età maggiore, si vorrebbero forse accordare a costui le diminuzioni portate dagli art. 55 e 56? Quanto poi ai due testi romani essi hanno ben poco che fare colla questione presente. Nell'uno si dice, che appena raggiunta la pubertà si può commettere il reato di adulterio; nell'altro che l'impunità a causa dell'età è esclusa, quando si abbia una età sufficiente per poter commettere consciamente il delitto del quale si tratta: a me non riesce vedere, come da ciò si possa dedurre, che chi ha perseverato nella renitenza oltre il ventunesimo anno vada punito come chi ha cessato d'esser renitente prima d'aver raggiunta una tale età.

[1]) Tuttavia il codice penale per l'esercito (art. 51) e quello penale militare marittimo (art. 52) sottopongono il maggiore degli anni diciotto alla pena ordinaria.

[2]) Fino a che non abbiano raggiunto quel grado di sviluppo intellettuale, che permette di avere coscienza dei proprî atti, essi però non rispondono affatto neppure di fronte alla legge civile (CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra contrattuale,* vol. I, pag. 214 e seg.). È curioso, come avendo incominciato dal confondere l'incapacità civile colla non imputabilità penale scrittori anche eminenti si siano sul serio chiesti, perchè mentre il diritto civile stabilisce rispetto ai minori una incapacità pressochè assoluta, il diritto penale incomincia a renderli responsabili, quando ancora sono assai lontani dall' età maggiore, ed introduce poi fra essi divisioni affatto ignote al diritto civile. E come suole avvenire invece di chiedersi, se la differenza sussistesse, ognuno si studiò di dare una spiegazione sua, criticando quelle date in precedenza, e lo stesso BINDING (*Die Normen und ihre Uebertretung,* vol. 2, Lipsia, 1877, pag. 87 e seg.) ne propone una. Ora poco ci vuole a vedere, come l'incapacità sia tutt'altra cosa della irresponsabilità. Quella è stabilita a vantaggio dell' incapace, per impedirgli di pregiudicare i proprî interessi, e si risolve nel conferire l' incarico di fare per conto o nell'interesse suo tutti gli atti, la cui esecuzione possa riuscirgli profittevole, ad uno che sia capace: questa si ammette in vista della impossibilità di

maggiori di età per le obbligazioni nascenti da *delitto* e *quasi delitto*, si spiegano, riflettendo come se non varia il danno patrimoniale, che un dato fatto produce col variare dell'età dell'autore di esso, varia però con questa età l'entità del reato [1]) costituito da questo fatto, come pure variano gli effetti, che la pena produce col variare della età del punito.

§ 5.

Sordomutismo.

53. Assai prima di giungere all'età nella quale gli viene impartita una istruzione metodica, il bambino può già dai discorsi, che intorno a lui si fanno, ricavare un numero grande di cognizioni, ed essere spinto a fare osservazioni, a cui altrimenti non avrebbe pensato, e che conferiscono mirabilmente allo sviluppo della sua intelligenza.

Chi pertanto nasca privo del senso dell'udito o venga a perderlo quando è ancora nei primi anni di vita, non potendo se non assai più difficilmente comunicare cogli altri, trova in proporzione di questa difficoltà di comunicazione ostacoli [2]), che gli altri non devono superare, per raggiungere uno sviluppo intellettuale normale.

---

influire psichicamente sul bambino mediante comminazioni astratte di pene, e si risolve nella rinunzia a prevalersi contro di lui di uno fra i vari mezzi, di cui la società dispone per tutelarsi dalle azioni dannose.

[1]) Taluni reati poi non possono essere commessi se non da chi abbia sorpassato un dato limite di età, ad disotto del quale non si possono validamente assumere quelli obblighi nella cui trasgressione il reato consiste. Ma è nella parte speciale, che si deve occuparsi di questi casi, i quali poi nel nostro diritto positivo si possono verificare solo rispetto a reati non previsti dal codice penale, quali sono la diserzione marittima (*codice della marina mercantile*, art. 264-280) o la bancarotta (*codice di commercio*, art. 856-861).

[2]) La valutazione di essi non è di competenza del giurista, che deve limitarsi in astratto a riconoscere, che essi sussistono, ma non sono del tutto insormontabili, per quanto secondo il nostro legislatore non possano mai essere sormontati pienamente, ed in concreto a constatare fino a qual punto essi si siano superati. Comunque su tale constatazione potrebbe eventualmente influire l'opinione, che si abbia in ordine al rapporto che passa fra l'uso della parola e lo sviluppo dell'intelligenza, in quanto si dovesse giudicare un sordomuto non istruito. Anche in questo caso il giudizio dovrebbe fondarsi sulla constatazione di fatto del grado di sviluppo psichico da lui raggiunto, ma mentre chi crede, che non si possa pensare senza parola, o che la parola occorra almeno per incominciare ad imparare a pensare (v. su tali opinioni ALIMENA, *I limiti e i modificatori*

Quando coll'arte non si cerchi di supplire a questa lacuna e di stabilire col sordo almeno per mezzo della vista quelle comunicazioni, che fra gli altri uomini avvengono più facilmente ed in modo più completo per via dell'udito, non è a presumere [1]), che possa un sordomuto arrivare a posseder mai il discernimento necessario, perchè gli si possa chieder conto dei suoi atti.

Ma ognun sa, come oggidì l'ammaestramento dei sordi dalla nascita sia giunto a tal grado di perfezione, da poterli rendere capaci di comprendere dal moto delle labbra e della gola i discorsi, che siano loro diretti, e di pronunziare essi stessi parole articolate.

Tuttavia il nostro legislatore ha voluto, che rispetto ai sordomuti abbia a farsi in ogni caso quella ricerca sul concorso del discernimento (*cod. pen.;* art. 58), che la sempre crescente diffusione della loro istruzione rende oramai nella massima parte dei casi affatto superflua; ed inoltre ha considerato il sordomutismo come causa costante di notevole ritardo nello sviluppo delle facoltà mentali, e come ostacolo insuperabile a che queste giungano ad uno sviluppo completo.

Contro il sordomuto, che nel momento in cui ha commesso il fatto non aveva ancora compiuto i quattordici anni non si procede (art. 57); se abbia superata tale età e risulti, che abbia agito con discernimento gli si applicano le disposizioni dettate pei minori degli anni quattordici ove sia minore dei diciotto; quelle dettate pei minori degli anni diciotto, se sia minore dei ventuno; e finalmente quelle dettate pei minori degli anni ventuno, se abbia superata anche questa età (art. 58 capov.).

Se il sordomuto o non aveva ancora al momento del fatto compiuti gli anni quattordici, od avendoli compiuti non era tuttavia a

---

dell'imputabilità, Torino, 1896, vol. 2 pag. 196 e seg., ed autori ivi citati), si accingerà al giudizio con prevenzioni tali da essere pressochè impossibile, che riconosca nell'imputato il possesso del discernimento sufficiente a renderlo imputabile; chi ritiene che non sia il linguaggio, che abbia generata l'intelligenza, ma l'intelligenza, che abbia condotti gli uomini a concordare un linguaggio (v. in questo senso, che a me pare il giusto, PREYER, *Die Seele des Kindes,* Lipsia, 1895, pag. 229-248) non stimerà superflue le indagini più minuziose per arrivare ad una quanto più sia possibile precisa conoscenza del possesso o della deficienza nel giudicabile delle nozioni del lecito e dell'illecito.

[1]) Dal Codice civile (art. 340) al sordomuto vien pareggiato il cieco dalla nascita, e rispetto ad entrambi si stabilisce la presunzione, che il loro difetto impedisca ad essi di raggiungere uno sviluppo mentale sufficiente per gerire i proprî affari senza assistenza di curatore, ma non che li renda assolutamente inetti a rendersi conto di quello che fanno.

giudizio del magistrato fornito di discernimento e sia ancora di età inferiore agli anni ventiquattro si può, ove il fatto sia preveduto dalla legge come un delitto, che importi l'ergastolo o la reclusione ovvero la detenzione non inferiore ad un anno, dal presidente del tribunale civile sulla richiesta del pubblico ministero ordinare con provvedimento revocabile, che rimanga in un istituto di educazione e correzione sino all'età di ventiquattro anni (art. 57, 58 alinea).

Quando abbia compiuti gli anni ventiquattro, qualunque sia l'entità del reato, che sarebbe costituito dal fatto da lui compiuto se vi fosse stato il concorso del discernimento, si può, ove se ne ravvisi pericolosa la liberazione, dalla corte d'assise con ordinanza e dalle altre autorità giudiziarie colla stessa sentenza di proscioglimento ordinarne la consegna all'autorità di pubblica sicurezza, affinchè lo faccia ricoverare provvisoriamente in un manicomio in attesa del provvedimento pel ricovero definitivo o per la liberazione da emanarsi dal presidente del tribunale civile giusta le norme stabilite per gli infermi di mente (*codice penale, art. 55 capov., disposizioni per l'attuazione del codice penale, art. 17*).

SEZIONE III.

Dell'imputabilità dell'azione

CAPITOLO I.

Nozione dell'imputabilità dell'azione.

54. Propriamente tutte le azioni umane sono imputabili, e tutte lo sono egualmente, al loro autore, sicchè è intuitivo, come quando si parla di imputabilità dell'azione per accennare ad una qualità propria solo di alcune fra le azioni umane, e suscettiva di trovarsi in esse in proporzioni più o meno rilevanti, si attribuisca alla parola imputabilità un significato alquanto diverso da quello, che etimologicamente ad essa compete. Ciò avviene in quanto, sebbene a causa di brevità si parli solo di imputabilità, con questa espressione si intende significare l'attitudine di una azione ad essere imputata come reato.

La teoria dell'imputabilità dell'azione si risolve quindi nella esposizione degli elementi, che imprimono in una azione il carattere di

reato, e si estende a tutti i fatti, che in un determinato paese ed in una determinata epoca danno luogo all'irrogazione d'una pena a carico del loro autore, sicchè comprende tutta la parte speciale del diritto penale.

Dato per altro che vi siano elementi comuni a tutti i reati, e circostanze che rispetto ad ogni reato esplichino una medesima influenza esclusiva della illeceità dell'azione ed esclusiva od attenuatrice della punibilità di essa, non può non riconoscersi l'utilità di trattarne nella parte generale, lasciando alla parte speciale l'esposizione degli elementi proprî d'ogni singolo reato, e delle circostanze influenti soltanto sopra singoli reati o dati gruppi di essi.

Dopo d'avere affermato [1]), che *la storia degli uomini, e lo studio delle loro leggi possono invero istruire ad evitare gli eccessi, ma non possono formar regole fondamentali sul vero criterio, che deve guidare il giudizio delle azioni umane per il miglior benessere della società, perciocchè questi due sistemi di cognizioni possono bensì mostrare quel che si è fatto, ma non insegnano quel che sarebbe da fare,* Carmignani finisce [2]) col definire il reato *la infrazione della legge della città, garante della sicurezza pubblica, e della privata, verificabile in un fatto dell'uomo, animato da perfetta e diretta intenzione.* Ben è vero, ch'egli aveva premesso [3]) a tale definizione l'affermazione, che *il principio politico, sebbene solo giudice competente a proclamar come offesa sociale un'azione dell'uomo, non ha però uno sfrenato arbitrio per farlo,* soggiungendo, che *il dritto della natura.... fissa i limiti, oltre ai quali esso non può, nè deve trascorrere.* Ma chi sia poi competente a dichiarare quali siano i precetti del diritto della natura, ed a rendersi interprete di esso, il Carmignani non lo manifesta, sicchè non si falsa, ma si esprime chiaramente e senza ambiguità il suo pensiero, quando si dica aver egli riconosciuto, che le leggi umane in genere e le penali in ispecie non vanno considerate come qualche cosa di perfetto, di necessario, di immutabile, e che perciò non si deve limitarsi ad apprenderle, ed occorre anche assoggettarle ad un esame critico; che però quando in concreto si tratta di dichiarare, se ad una data azione competa o no la qualifica di reato, esse sole son capaci di fornire il criterio atto a far risolvere la questione.

Ed invero la pena non tien già dietro al reato, come l'effusione del sangue all'apertura d'una vena; la sua irrogazione dipende dalla

---

[1]) *Teoria delle leggi della sicurezza sociale,* Pisa, 831, tomo II, pag. 21.

[2]) Op. e tomo cit., pag. 51.

[3]) Op. e tomo cit., pag. 41.

volontà di chi ad essa procede, ed appunto perciò si hanno esempî di pene inique e di inique impunità. Ma se noi possiamo insorgere contro l'esplicazione di tale volontà, non possiamo sostituirci ad essa.

Il concetto di reato è meramente logico e giuridico; è quindi eminentemente illogico il voler introdurre nèlla definizione di esso elementi relativi alla natura intrinseca dei fatti cui esso si adatta.

Essendo la comminazione della pena destinata ad influire psichicamente sugli uomini per distogliere il maggior numero possibile di essi dal compiere le azioni, contro la cui esecuzione la si minaccia, e per indurre il maggior numero possibile di essi a considerare la sua irrogazione come soddisfazione sufficiente pel torto patito a seguito di tali azioni, è desiderabile, che vi si proceda soltanto contro gli autori di fatti realmente nocivi, e contro gli autori di tutti i fatti realmente nocivi, ed in misura adeguata alla entità del nocumento, ma ciò non toglie, che sia soltanto essa quella, che imprime ai fatti umani la qualità di reato.

L'imputabilità dell'azione umana non è pertanto altro che la sua punibilità, e siccome la facoltà di dichiarare punibile un fatto compete esclusivamente al legislatore (art. 1 del *codice penale*), essa si riduce ad essere la conseguenza della dichiarazione legislativa, che a chi lo compie verrà irrogata una pena.

La determinazione astratta di limiti, che debbano essere rispettati dal legislatore nel procedere a tale dichiarazione è vana ed illusoria: la critica concreta, che sola può riescire seria e non inutile, del modo, in cui il legislatore vi ha proceduto, implica l'esame di tutta la parte speciale della legislazione penale, e non può perciò essere intrapresa in uno studio d'indole generale.

CAPITOLO II.

Cause di esclusione e di diminuzione dell'imputabilità dell'azione.

§ 1.

Osservazioni generali sulle cause di esclusione e di diminuzione dell'imputabilità dell'azione.

55. L'incriminazione di un fatto presuppone sempre la sua illeceità. Siccome per altro la distinzione dei fatti umani in leciti ed illeciti non può dal giurista fondarsi se non su massime giuridiche, che vanno poi desunte dal diritto oggettivo, quale viene costituito

dal complesso delle leggi formulate da chi è espressamente investito del potere legislativo e delle norme stabilite per consuetudine e dalla elaborazione e coordinazione scientifica delle une e delle altre, dicendo, che il reato è costituito da un fatto illecito, non si rende punto più specifica la designazione dei fatti costituenti reato, giacchè basta, che un fatto sia punibile, perchè senz'altro si debba dichiararlo illecito, mentre per contro non basta, che un fatto sia illecito, perchè sia punibile. Quindi non era il caso di parlare del carattere della illeceità, trattando in genere della imputabilità dell'azione.

Occorre, che il legislatore si persuada, che un fatto illecito è anche tanto dannoso alla società da giustificare l'adozione di misure coercitive a carico del suo autore, perchè esso si decida ad incriminarlo. Ma l'ingiustizia punibile che costituisce il reato, non va distinta dall'ingiustizia, che dà esclusivamente luogo all'applicazione delle leggi civili per una sostanziale diversità di natura, bensì soltanto per una differenza quantitativa. Anche la semplice ingiustizia civile produce invero in una certa misura oltre ad un danno privato direttamente risentito da colui, al quale è negato quanto gli compete, un danno sociale analogo a quello prodotto dalla ingiustizia punibile, per quanto meno intenso. Se infatti un debitore di mala fede dopo essersi con promesse mendaci di restituzione fatto imprestare una somma, alla scadenza convenuta si rifiuti di soddisfare il creditore, non può non restarne scossa nel pubblico la fiducia nella solidità dell'impero esercitato dal diritto sull'uomo; gli abbienti diverranno timorosi di non potere neppur essi a lor volta ottenere quelle prestazioni, a cui altri sono verso di loro tenuti; quelli, che sono poco disposti ad osservare il loro dovere, potranno essere sedotti dal cattivo esempio inerente a tal fatto. Per stabilire quando questo effetto incomincia ad assumere una importanza tale, da autorizzare il legislatore a ricorrere al magistero penale, onde far corrispondere alla maggior gravità del danno la maggiore intensità della difesa [1]), bisogna evidentemente tener conto delle condizioni generali

---

[1]) Con ciò non è detto che nella pena si abbia sempre a vedere una misura più grave quanto ai suoi effetti di una condanna civile o di una coercizione amministrativa, giacchè la differenza fra queste tre specie di provvedimenti non è quantitativa, ma qualitativa. Può quindi avvenire, che l'obbligo del risarcimento del danno abbia per colui, che vi è tenuto una importanza di gran lunga maggiore di quella, che possa avere la pena a cui viene assoggettato pel fatto, che ha pure determinata la sua condanna civile, come può avvenire altresì, che persone, le quali non hanno commesso alcun reato, siano per ragioni d'ordine pubblico assoggettate a restrizioni della libertà personale assai più gravi di quelle,

del popolo, al quale si tratta di dettar legge, e non già ricorrere ad ingegnose, ma inconcludenti distinzioni [1]) fondate o sulla natura delle norme giuridiche violate dal fatto o sulla qualità degli elementi soggettivi del fatto, o sul modo in cui si è verificata la lesione dello interesse giuridico. Quindi non potevano a meno di riescire inutili, come inutili sono effettivamente riesciti quelli fatti finora, gli sforzi diretti a trovare un criterio, sul quale tutti potessero accordarsi nell'assumerlo a base della designazione di quelle fra le norme giuridiche, la cui violazione deve essere repressa mediante la irrogazione d'una pena, dovendosi in realtà procedere a siffatta designazione in base ad un criterio empirico, e che come tale non può rinvenirsi nel campo della teoria. Non era pertanto neppure il caso di occuparsi dell'elemento del danno nella trattazione generica dell'imputabilità dell'azione.

Ma quando si passa a discorrere delle cause esclusive della imputabilità dell'azione, giova distinguere fra loro i varî elementi, sui quali essa si fonda, perchè l'inettitudine di tale analisi a far conoscere quali siano i fatti costituenti reato, non esclude, che essa possa riescire utilissima, ed anzi indispensabile, al conferimento di ordine sistematico alla trattazione della materia, allorchè si procede all'esame delle varie contingenze, nelle quali un reato cessa d'esser tale, od assume gravità minore.

Esse vanno distinte in due categorie, come due sono i fattori dell'imputabilità dell'azione: l'illeceità ed il danno.

L'illeceità è un rapporto di contraddizione fra l'azione umana ed una norma giuridica, e non è suscettiva di frazionamento, nè di gradazione, perchè non è frazionabile, nè graduabile il valore obbligatorio delle norme giuridiche, sebbene graduabile e frazionabile sia

---

che colpiscono altri, che pur vennero in un giudizio penale riconosciuti colpevoli di fatti delittuosi. Ciò non può sembrare assurdo se non a chi nelle disposizioni amministrative, nelle pronunzie civili e nelle condanne penali veda l'esplicazione d'una medesima funzione, la quale a seconda dell'importanza del caso debba portare all'adozione dell'uno piuttosto che dell'altro di siffatti provvedimenti. A chi invece tenga presente, come si tratti di istituti sostanzialmente diversi, riesce agevole comprendere, come la circostanza dell'essere la pena il più energico dei mezzi coattivi, di cui dispone lo Stato, non valga ad impedire, che in concreto si abbiano pene, che arrecano a chi le subisce un male meno grave di quello, che può derivare da un provvedimento d'altro genere, appunto come una piccola quantità d'oro può avere un valore assai inferiore a quello d'una quantità rilevante di metallo meno prezioso.

[1]) Intorno ad esse v. Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Lipsia, 1890, vol. I, pag. 238 e seg., 252 e seg., ed autori ivi citati.

l'entità della trasgressione del loro contenuto. Colla sua esclusione vien meno la possibilità del reato; la sua verificazione rende il reato possibile, e siccome quello del reato è un concetto non di quantità, ma di qualità, non vi sono alternative intermedie fra quella della sua sussistenza o della insussistenza sua.

Il danno è un effetto inerente all'azione illecita, ed è quindi suscettivo di un indefinito aumento e di una indefinita diminuzione.

Rispetto alla illeceità non si può pertanto ammettere, che una azione eliminativa; rispetto al danno è possibile così l'eliminazione di esso, come la sua attenuazione.

L'illeceità del fatto vien tolta dalla conformità di esso alla legge od all'ordine dell'autorità competente e dalla necessità di eseguirlo per respingere una violenza personale attuale ed ingiusta.

Il danno sociale del fatto illecito viene eliminato dalla necessità di compierlo per ovviare ad un pericolo personale grave ed imminente, non volontariamente cagionato, e non altrimenti evitabile; è attenuato dall'essersi agito allo scopo di eseguire la legge od un ordine dell'autorità competente, o di respingere una violenza attuale, ed ingiusta, o di ovviare ad un pericolo grave ed imminente, od a seguito di provocazione, o col concorso di circostanze attenuanti.

§ 2.

Conformità del fatto alla legge o ad un ordine legale.

56. Esula l'elemento della illeceità dall'azione ogni qualvolta essa offenda bensì un interesse, che per la sua natura è in genere tutelato dalla legge penale, ma in quel caso speciale non gode di tale tutela.

Ciò può avvenire in primo luogo, perchè la legge abbia dichiarato immeritevole di protezione un determinato bene in odio di chi lo ha.

Ma solo nella storia possiamo trovare esempî di offese, che non costituiscono reato, perchè la legge non tutela chi ne è colpito [1]).

---

[1]) Pel diritto romano v. al vol. I pag. 76 e seg. FERRINI, *Esposiz. stor. e dottrin. del diritto pen. rom.;* pel diritto germanico v. BUDDE, *Ueber Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit,* Bonn, 1842; pel diritto medioevale v. PERTILE, *Storia del diritto italiano,* Torino, 1892, vol. V, pag. 309 e seg. L'art. 8 del titolo XXXI della parte seconda dell'Editto sardo del 13 maggio 1815 dichiarava ancora l'impunità degli uccisori di chi fosse descritto per ordine del Senato nel primo dei due cataloghi dei banditi *meritevoli d'essere esposti alla pubblica vendetta come nemici della patria e dello Stato.*

Questa licenza di offendere impunemente un uomo, che si riteneva dall' autorità sociale immeritevole della protezione accordata agli altri cittadini, poteva essere piena ed autorizzare così anche la sua uccisione; o limitata sia per la qualità delle offese, a cui si poteva impunemente farlo segno, sia pel tempo, durante il quale si poteva offenderlo. L'esposizione dei condannati alla berlina [1]) offriva appunto un esempio di tale doppia limitazione: solo fino a che durava l'esposizione, la legge negava la sua tutela all'onore del condannato, e mentre non costituivano reato i vituperî di qualunque specie, che gli venissero fatti in questo intervallo di tempo, si sarebbe però dovuto punire chi gli avesse inferte percosse dirette non a vilipenderlo, ma a produrgli un male fisico, o che avessero di fatto prodotta una lesione apprezzabile dell'integrità personale del condannato.

Attualmente nè in pena di alcun misfatto, nè in dipendenza di odî politici v'ha chi sia privato in modo così assoluto della tutela, che la legge penale accorda indistintamente a tutti gli uomini. Anche contro il soldato appartenente all'esercito nemico si può commettere un reato, quando lo si offenda fuori dei modi consentiti dall'uso del guerreggiare.

È quindi soltanto in considerazione delle specialità dell'interesse o dell'offesa, che può talora avvenire, che venga offeso un interesse normalmente tutelato dalla legge penale, senza che tale offesa costituisca reato.

57. Un primo esempio di tali specie di offese si ha in quelle dirette contro le cose proprie. Il diritto non è che un rapporto dell'uomo di fronte ai proprî simili. Quando si parla di un diritto alla vita, all'integrità personale e così via, si vuol dire soltanto, che ognuno ha diritto a non essere da un altro privato della vita od offeso nella persona. Come nessuno può essere creditore o debitore di sè stesso, perchè ogni rapporto giuridico deve riferirsi a due persone distinte [2]), così nessuno può commettere a proprio danno un

---

[1]) Il codice sardo del 1839 poneva ancora la berlina fra le pene accessorie (art. 38 n. 1), sebbene ne disciplinasse l'esecuzione in modo (art. 40), da convertirla quasi in una pubblicazione reale della sentenza, avendo sostituita alla esposizione del condannato al pubblico (secondo l'art. 22 del codice francese del 1810, che venne però modificato colla legge del 28 aprile 1832 e soppresso col decreto 12 aprile 1848, l'esposizione avveniva sopra una piazza pubblica mediante l'esibizione per un'ora agli sguardi del pubblico del condannato attaccato mediante un collare di ferro ad un palo posto sopra ad un palco) una passeggiata per le pubbliche vie.

[2]) È perciò, che la confusione viene annoverata fra le cause di estinzione delle obbligazioni (*codice civile,* art. 1236, 1296, 1297).

atto giuridicamente illecito. La legge non tutela gli interessi d'alcuno contro lui stesso.

Può per altro avvenire, che offendendo un interesse proprio si vengano contemporaneamente ad offendere interessi altrui; come se alcuno mutilandosi si renda inabile al servizio militare (*cod. pen. per l'esercito*, art. 174; *cod. pen. milit. marittimo*, art. 190), od altri abbruciando la propria casa esponga l'abitazione del vicino ad essere consumata dalle fiamme (*codice penale*, art. 308).

Ora la convivenza degli uomini in società espone ognuno di essi a risentire in via di ripercussione gli effetti delle azioni, che hanno esplicata di fronte ad un altro la loro efficacia diretta.

Affermando, che la lesione di un bene proprio non ha alcunchè di giuridicamente illecito, il giurista non pretende quindi, e la pretesa sarebbe oltrechè illogica, vana, di stabilire un limite al potere. che al legislatore compete di incriminare le azioni umane, sottraendo al suo impero tutte quelle, che direttamente offendono il loro autore. Esse come possono di fatto venire incriminate [1]) al pari di tutte le altre, così possono anche esserlo giustamente. Ingiusta non è la pena comminata dall'art. 16 della legge forestale contro il proprietario. che abbatta gli alberi nati sulle cime e pendici d'un monte suo fino al limite superiore della zona del castagno; ingiusta non sarebbe quella, che si comminasse contro chi distruggesse un suo quadro od una sua statua di rilevante pregio artistico, o disperdesse una quantità rilevante di generi alimentari.

Che taluno nuoca a sè stesso, per potere così indirettamente pregiudicare anche gli altri è però cosa tanto rara e singolare da non essere il caso di preoccuparsene. Provvedere anche alle evenienze d'una remotissima probabilità è opera prudente solo a patto, che non si dedichi a provvedervi quel tempo, che si potrebbe più utilmente destinare a provvidenze, che riguardino emergenze di meno difficile verificazione, e che ancor restino a prendersi, ed a patto altresì, che per provvedervi non si debba sottoporre sè od altri ad oneri, restrizioni, inceppamenti d'attività produttivi d'un male sicuro, che finisca coll'essere più considerevole del male temuto.

Sebbene quindi possa riescir nocivo alla società il poco conto.

---

[1]) Il codice sardo del 1839 all'art. 585 dichiarava vile il suicida, ed incorso nella privazione dei diritti civili, all'effetto di render nulle le disposizioni di ultima volontà, e lo privava di qualunque onore funebre; comminava contro il colpevole di tentativo di suicidio la sottoposizione ad una *rigorosa ispezione* in luogo di *sicura custodia* da uno a tre anni.

che alcuno facesse dei proprî beni, il legislatore non deve impensierirsi della verificazione di tale eventualità, mentre per contro nella vita ordinaria è il soverchio attaccamento alle cose proprie, ed il desiderio di far proprie anche quelle degli altri o di servirsene almeno, come se fossero proprie, che producono la massima parte dei disordini, a cui egli è chiamato a metter riparo.

Come nel caso speciale del disboscamento il proprietario di consueto è mosso non dal capriccio di disperdere la ricchezza costituita dalle piante di alto fusto cresciute sul suo terreno, ma dal desiderio di disporne prontamente, ed è questo desiderio, spesso figlio del bisogno, che lo rende incurante dei pregiudizî, che in un non prossimo avvenire egli od i suoi eredi ne risentiranno, così in generale è solo in considerazione di altri interessi, che pel momento gli stanno più a cuore, che taluno si decide a sacrificare un interesse proprio.

Può accadere, che l'apprezzamento sulla rispettiva importanza dei varî interessi venuti a conflitto sia fallace, e ciò accade ben di frequente in quanto la brevità e sopratutto l'incertezza della vita portano la maggior parte degli uomini a tener conto pressochè esclusivo degli effetti prossimi ed immediati delle loro azioni, e difficilmente poi la società, che ha una vita continua attraverso alle mutate generazioni, non è pregiudicata dall'inconsulto sacrifizio del presente al futuro.

Ma se non potrebbe dirsi iniqua o tirannica una legge, che minacciasse una pena a chi offenda o trascuri interessi proprî nei casi, in cui rilevanti interessi sociali siano lesi in dipendenza di questa offesa o di questa trascuranza, è ben difficile, che essa riesca provvida ed efficace.

È compito d'una saggia amministrazione illuminare ognuno intorno ai suoi veri interessi, e sopratutto curare, che non riesca troppo malagevole ad alcuno ricavare profitti sensibili da quelle esplicazioni di attività, che giovano all'incremento del benessere sociale: volerne assicurare l'avvento con comminazioni penali è una speranza fantastica.

Come l'influenza religiosa portava per l'addietro i legislatori a combattere il suicidio col codice penale, così probabilmente il rifiorimento dell'opinione, che principalmente dall'opera dello Stato sia da attendersi il miglioramento delle condizioni sociali, li condurrà a ricorrere a comminazioni penali, che è sperabile almeno siano improntate alla mitezza degli odierni costumi, per combattere lo sperpero, il mal uso, o la rinunzia a far uso delle cose proprie, e dei proprî diritti.

Come già s'è accennato, non può dirsi senz'altro, che leggi siffatte

siano tutte ingiuste, e che ognuno debba lasciarsi libero di disporre di sè e delle cose sue, come più gli piace.

Ingiuste nel senso assoluto della parola non erano neppure le leggi, che punivano i suicidi, ma esse erano altamente improvvide, perchè, a tacere d'ogni altra considerazione, se non è facile obbligare a vivere chi non ne ha voglia, ancora più difficile è ottenere da uno, che avrebbe voglia di morire, che egli viva in modo, che la sua vita non riesca alla società più pregiudizievole di quanto lo sarebbe stata la morte sua.

Ed improvvide a me pare, che dovranno fatalmente riescire tutte le disposizioni tendenti ad imporre mediante comminazioni penali al titolare di un diritto, di farne quell'uso, che si ritiene più confaciente agli interessi sociali.

Esse sono in primo luogo destinate a potersi facilmente eludere, e colpiranno soltanto quelli, che apertamente insorgano contro la pretesa di coartare la loro libertà individuale in vista dell'interesse pubblico, ma riesciranno vane per chi non tenendo a conservare la apparenza della libertà, pur persista nella risoluzione di fare ciò che più gli comoda.

Se si dichiara, che chi non coltiva il proprio fondo, incorrerà in una multa o nella perdita di esso; che costituisce reato il non partecipare alle elezioni politiche od il persistere nel celibato oltrepassata una determinata età, molto probabilmente si procaccieranno molestie soltanto a quelli, che si limitano a trar profitto dell'erba, che spontanea cresce nei loro campi, perchè difettando di mezzi, di tempo o di capacità, per sottoporli essi stessi ad una razionale coltura non riescono a trovare persona idonea, cui affidare la difficile impresa; che si astengono dalle votazioni, perchè non hanno fiducia in alcuno dei candidati; che si privano delle gioie della famiglia, perchè le circostanze nelle quali si trovano non permetterebbero loro di costituire una famiglia felice.

Ma ciò non gioverà affatto a vincere quella noncuranza per tutto quello, che non procacci la soddisfazione di bisogni d'ordine materiale, che si voleva combattere; e chi si compiace nel ricavare dai suoi estesi possessi quel tanto, che gli basta per menare una vita sfarzosa, e nell'impedire che altri spendendovi cure maggiori ne ritragga lucro per sè e per lui, continuerà a godere del suo ozio non turbato dalla prospettiva dei guadagni, che altri si procaccia lavorando sulle cose sue, pur che consenta a sacrificare ogni anno od a più rari intervalli una qualche somma in parvenze di bonificazione agricola: chi è incurante delle sorti della patria o le desidera avverse

andrà a votare, ma voterà non secondo coscienza, bensì come il capriccio od il dispetto gli suggerisce: chi preferisce la dissolutezza alla pace domestica sarà un infedele marito ed un cattivo padre, invece d'essere un celibe libertino.

58. L'impossibilità di delinquere a danno proprio non implica la sufficienza del consenso del leso a togliere a qualsiasi lesione dei beni del consenziente il carattere di reato. E ciò appunto perchè chi si ferisce o si uccide non commette reato, non già in quanto abbia il diritto di disporre della propria vita, e delle proprie membra, ma in quanto di fronte a se stesso non ha diritti, nè doveri giuridici.

Il diritto sopra una cosa non implica sempre la facoltà di distruggerla o di consentire validamente alla sua distruzione; fra i diritti sonvene molti, che conferiscono solo facoltà d'altro genere, Perchè il consenso giuridicamente valutabile, e cioè emanante da una persona capace, del leso scrimini la lesione occorre, che si tratti di beni alienabili o di beni, la cui lesione sia incriminata dal legislatore solo in quanto si verifichi contro la volontà del titolare di essi.

È pertanto compito della parte speciale indicare i reati, che cessano d'esser tali, se il leso abbia approvato il fatto, trattandosi d'una questione non suscettiva d'essere risoluta indipendentemente dalla considerazione della natura del reato rispetto al quale la si propone.

59. L'art. 390 del codice penale collo stabilire una pena contro chi abusi dei mezzi di correzione o di disciplina mostra di riconoscere il diritto d'usare di questi mezzi, i quali poi si esplicano nell'offesa dell'integrità o della libertà personale. Si tratta quindi di un diritto, che non può similmente essere preso in considerazione se non rispetto a talune categorie di reati [1]), giacchè se l'educatore, l'i-

---

[1]) Cicerone (*De inventione,* II, 17 al vol. I, pag. 216 della raccolta delle opere edita da Ernesti ad Halle 1776) riferisce alla teoria del conflitto fra varie disposizioni legislative il caso di C. Flaminio, che venne dal padre, essendo egli tribuno della plebe, trascinato fuori del tempio, nel quale a scopo di sedizione proponeva una legge agraria; e veramente a questa teoria vanno riferiti anche adesso tutti i casi, in cui a scopo di correzione si compia da chi ha autorità di correggere uno dei fatti preveduti come reato agli art. 146, 372 ult. capov., 395, perchè a questa autorità esplicitamente riconosciuta, se non precisamente determinata dagli art. 220-222 del codice civile quanto ai genitori, e dall'art. 280 rispetto al tutore, può dai genitori e dal tutore in parte e temporaneamente trasferirsi ad altri, come l'art. 390 del cod. pen. riconosce. Ma la ragionevole limitazione dei confini assegnati alla potestà patria dal nostro legislatore toglie, come s'è osservato nel testo, carattere di generalità al conflitto, nel quale possono trovarsi gli

struttore, l'incaricato della cura, della vigilanza o della custodia di un ragazzo per correggerlo dei suoi difetti gli togliessero cose di sua proprietà, convertendole in uso proprio, cadrebbero sotto le sanzioni del titolo X del libro II, per quanto tenue fosse il valore della cosa tolta all'indisciplinato allievo e per quanto grave fosse il suo trascorso. Ne va quindi rimessa alla parte speciale la trattazione, come vi va pur rimessa la trattazione dell'influenza, che nell'apprezzamento agli effetti penali di un fatto lesivo della vita o della integrità personale deve esercitare la circostanza, che si tratti di un fatto compiuto nell'esercizio dell'arte medica.

60. Ha per contro carattere di generalità la regola stabilita al n. 1 dell'art. 49. Essa attribuisce l'effetto di escludere la punibilità del fatto compiutosi colla sua ricorrenza ad ognuna delle due condizioni indicate in modo alternativo come equivalenti, — conformità alla legge, conformità all'ordine dell'Autorità competente, che l'agente era obbligato ad eseguire. La differenza fra l'una e l'altra di queste due condizioni può del resto ridursi ad essere meramente apparente e formale, come può anche scomparire affatto. Essa scompare quando una precisa disposizione di legge stabilisca l'obbligo d'eseguire quell'ordine, in forza del quale si è compiuto il fatto, che presenta i caratteri del reato. Ma quando pure manchi una siffatta apposita disposizione è chiaro, come si debba, per poter parlare di obbligo di obbedire, riferirsi ad ogni modo alla legge, che è l'unica fonte di tutte le obbligazioni giuridiche, sebbene non tutte le obbligazioni siano poi dalla legge imposte in modo esplicito e diretto, e la sussistenza di alcune fra esse venga manifestata soltanto da quello studio complessivo ed organico della legislazione, che permette di colmare per mezzo della legge stessa le eventuali lacune, che la legge presenta.

---

articoli ora citati, e le regole da essi desunte per via di analogia o di interpretazione estensiva colle disposizioni del codice penale, e propriamente esso non si potrebbe manifestare se non riguardo all'ultimo capov. dell'art. 372, poichè le definizioni date dagli art. 146 e 392 dei reati, da essi rispettivamente previsti, bastano già ad escludere, che li commetta il genitore, che impedisce al figlio di andare a passeggio o nel rimproverarlo si vale di espressioni, che offendono la suscettibilità sua. L'art. 433 poi assicura bensì l'impunità al padre, che compia in pregiudizio del figlio alcuno dei fatti preveduti nei capitoli I, III, IV e V del titolo X e negli art. 424 prima parte, 426 e 429, ma non perchè riconosca, che questi fatti di fronte al figlio sono l'esplicazione legittima della patria potestà; sibbene, perchè si è creduto (ed invero l'impunità si estende al conjuge non legalmente separato, al figlio, al fratello ed alla sorella conviventi in famiglia), che tali fatti pur restando illeciti, cessino d'essere punibili, quando son commessi a pregiudizio d'una persona della famiglia.

L'esecuzione dell'ordine obbligatorio non può quindi non essere conforme sia alla lettera, sia allo spirito della legge, e rientra come la specie nel genere nella esecuzione per disposizione della legge del fatto, che prescindendo da tal condizione costituirebbe reato.

La non punibilità di chi abbia agito per disposizione della legge non è punto poi subordinata a sua volta alla condizione che si tratti d'una disposizione legislativa, che commini anch'essa una pena a coloro, che la trasgrediscano. Di ciò si può dubitare soltanto riferendo, come invero si fa dalla generalità degli scrittori [1], alla teorica dello stato di necessità il caso del conflitto, che si manifesti fra più norme giuridiche, le quali rispettivamente impongano azioni contraddittorie, per modo che non si possa osservare l'una senza trasgredire l'altra.

Allora è naturale, che si pensi a risolvere il conflitto sacrificando la norma meno importante a quella d' importanza maggiore, e che per determinare la rispettiva importanza d'ognuna, si ponga mente alle conseguenze giuridiche derivanti dalla sua trasgressione.

Ma in realtà la differenza nella entità degli interessi alla cui tutela le norme giuridiche sono intese, si rispecchia bensì in una diversità nel modo, in cui tale tutela si esplica, ma non determina punto fra esse un rapporto di precedenza e di correlativa inferiorità. Essendo la vita un bene più importante della proprietà, la pena dell'omicidio è superiore a quella del furto; ma ciò non significa, che la norma giuridica prescrivente il rispetto per la vita altrui sia più importante di quella, che impone di rispettare l'altrui proprietà; nè che le leggi punitive dell'omicidio siano fornite di autorità maggiore di quella propria alle leggi punitive del furto. Eguale è sempre l'ossequio dovuto a qualunque emanazione della volontà legislativa, nè esso è suscettivo di gradazione, sebbene sieno graduabili gli effetti, che si hanno a deplorare, quando accada di fatto, che venga violata sia una legge, sia una norma giuridica, alla cui inosservanza il legislatore vuole, che tenga dietro l'irrogazione d'una pena.

Bisogna pertanto adoperarsi, affinchè l'esclusione della contemporanea applicazione ad un medesimo fatto di leggi contraddittorie fra loro abbia ad essere la conseguenza di una sistematica interpretazione del complesso della legislazione, e non dipenda dalla preferenza arbitrariamente accordata ad una legge in confronto dell'altra.

---

[1] Non escluso il BINDING (*Handbuch des Strafrechts*, Lipsia, 1885, pag. 758 e seguenti).

La considerazione del rapporto di tempo intercedente fra le varie disposizioni legislative fornisce già un mezzo di facile applicazione, per evitare, che la manifestazione di volizioni diverse per parte del legislatore lasci incerto l'interprete intorno alla sua volontà attuale. Ma nella maggior parte dei casi essa sarà resa superflua dall'esame dell'intrinseco tenore di tali disposizioni, dal quale apparirà [1]) ora, che l'una ha carattere di regola, l'altra carattere di eccezione; ora che l'una presuppone condizioni di fatto diverse da quelle a cui si riferisce l'altra [2]); ora che esse si completano a vicenda, servendo l'una a limitare e determinare l'altra concepita in termini troppo generali; mentre è poi solo a questo esame, che si può ricorrere, quando il conflitto si fosse manifestato fra la legge scritta ed una regola formatasi per via di consuetudine [3]).

Normalmente [4]) è solo in quanto la conformità del fatto alla

---

[1]) SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino, 1848, vol. I, pag. 274 e seg.

[2]) Così mi pare, che avrebbe dovuto risolversi il caso di conflitto accennato nel l. I, 12 *ad Herennium* (vol. I, pag. 12 della testè citata raccolta delle opere di Cicerone), essendo chiaro, come la legge, che stabilisce il modo in cui deve procedersi alla nomina dell'augure, presupponga, che chi deve farla non sia incorso in alcuna causa di integrità.

[3]) Di tale natura è finora appunto la massima, che concede al potere esecutivo di derogare all'art. 71 dello Statuto in caso di interne turbolenze, che facciano sorgere il pericolo della guerra civile. Indipendentemente da tale massima il fatto ricadrebbe sotto il disposto dell'art. 175 del codice penale. Ma per quanto si possa pensare, che a ristabilire prontamente l'ordine turbato non occorra far celebrare giudizî, sibbene adoperare le armi, e ristabilito l'ordine coll'uso delle armi, a mantenerne la conservazione non giovi punto la pronunzia di sentenze destinate ad essere dopo breve intervallo di tempo annullate nei loro effetti con decreti di amnistia, d'indulto o di grazia; si deve riconoscere, come il Ministro, che rinnovandosi i disordini ritornasse a concorrere, controfirmando il decreto, del quale egli solo risponde, di proclamazione dello stato d'assedio, alla creazione di quei tribunali o commissioni straordinarie, la cui istituzione è interdetta dallo Statuto, non potrebbe senza ingiustizia punirsi, dato che il rovesciamento del Ministero ed il prevalere del partito contrario ne offrisse la possibilità, dal momento che le ratifiche implicite ed anche esplicite del Parlamento e la giurisprudenza (v. da ultimo sentenza 18-22 agosto 1898 della Cassazione nella *Rivista Penale*, vol. XLVIII, pag. 365) hanno precisamente pel caso, in vista del quale sembrerebbe, che tale divieto sia stato formulato, perchè solo quando esso si verifichi può il Ministero desiderare di affidare il compito della repressione a giudici speciali, ammessa una eccezione alla regola statutaria, la quale rimarrebbe applicabile alle materie civili ed ai reati, che non espongono ad imminente pericolo le vigenti istituzioni.

[4]) Tuttavia può render perplessi nel giudicare della oggettiva liceità di un fatto compiuto non in esecuzione di un ordine concreto, ma per la sua conformità

legge abbia assunta la forma di esecuzione di un ordine che si può dubitare in pratica se esso costituisca o no un reato. E ciò dipende dal duplice aspetto, che per gli effetti giuridici assume allora tale fatto. Esso di fronte al suo esecutore è un fatto perfettamente lecito consistendo nell'adempimento di un dovere, mentre di fronte a chi ha dato l'ordine costituisce un reato commesso a mezzo del proprio subordinato. Ora le regole, che governano il rapporto di subordinazione intercedente nei varî rami della pubblica amministrazione fra gli inferiori ed i superiori, non sono così nettamente tracciate e precisamente formulate, da potersi sempre con sufficiente sicurezza determinare in quali casi chi occupa un gradino meno elevato nella scala gerarchica sia tenuto ad eseguire gli ordini, che gli vengono impartiti da chi è situato in grado più elevato, per quanto sappia che il fatto, la cui esecuzione gli è imposta, è illecito.

La determinazione di tali casi è di competenza del diritto am-

---

ad una prescrizione astratta la circostanza, che questa sia contenuta non in una legge, sibbene in un atto emanante dal potere esecutivo, o da una Autorità amministrativa. Il § 101 del regolamento pel servizio territoriale approvato con r. decreto 8 luglio 1883 ad esempio dichiara, che *l'oltraggio fatto con parole, con gesti o con minaccie, e le violenze dirette contro la guardia o contro una sentinella debbono essere represse coll'arresto dei colpevoli ed anche coll'uso dell'armi, quando non resti altro mezzo per non lasciarsi sopraffare.* Tale ambigua disposizione riprodotta dai regolamenti anteriori veniva in pratica interpretata nel senso, che doveroso fosse l'uso delle armi anche nei casi, in cui la sopraffazione si estrinsecava non in tentativi diretti a disarmare i soldati, od offenderli nella persona od a compiere quei fatti, per impedire i quali si era proceduto al collocamento della guardia e delle sentinelle, ma nella persistenza in un contegno irriverente e riottoso.

Il Ministero dell'interno dovette quindi fare ufficî presso quello della guerra per ottenere, che l'uso delle armi fosse *assolutamente limitato ai casi estremi, quelli cioè di necessaria difesa personale e quelli di fuga flagrante, o di rivolta per parte dei detenuti, ed evitare che le sentinelle militari di guardia alle carceri facciano uso delle armi contro i detenuti, che affacciandosi alle finestre insultino le sentinelle medesime e ricusino di obbedire alle loro intimazioni* (Circolare del Minist. degli Interni 22 giugno 1876, *Bollettino ufficiale della direzione generale delle carceri,* 1876, pagina 63). E si potrebbe ancora continuare a dubitare, se legittimo sia l'uso delle armi contro il detenuto inerme, che cerca di allontanarsi colla fuga dalla casa di pena. Ma se costituisca reato l'uccisione commessa da un militare o da un agente della forza pubblica nell'esecuzione del suo mandato son chiamati a decidere i tribunali militari, ed a quali criterî essi debbano ispirarsi nel procedere al giudizio lo suggerisce loro il legislatore comminando contro il colpevole di omicidio per eccesso nell'esercizio della forza pubblica una pena, che va da un minimo di quattro mesi di carcere ad un massimo di due anni di reclusione (*codice penale per l'esercito,* art. 257 e 323 n. 4), mentre a termini del codice comune il minimo sarebbe di tre anni ed il massimo di dieci anni e mezzo (art. 50 e 364).

ministrativo; il penalista, come tale, non è chiamato a ricercare in quali rami della pubblica amministrazione, rispetto a quali superiori e relativamente a quali materie il dovere dell'obbedienza gerarchica tolga al subordinato il diritto di apprezzare il tenore degli ordini. che gli sono dati, e lo esoneri con ciò dalla responsabilità penale pei fatti compiuti a fine di metterli ad esecuzione. Ma salvo a ricorrere caso per caso allo studio del diritto amministrativo, per vedere, se l'inferiore, che ha posto in essere, obbedendo al suo superiore, un fatto costituente reato, era tenuto ad obbedire; a lui basta una conoscenza generica del nostro diritto pubblico, per escludere da un lato, che il rapporto di dipendenza gerarchica valga mai a scriminare indistintamente l'esecuzione di qualunque ordine, qualunque ne fosse il tenore, e dall'altro, che la scriminante dipendente da tale rapporto sia da ritenere dovuta soltanto ad una presunzione legale di errore scusabile per parte dell'inferiore nell'apprezzamento giuridico dell'ordine eseguito [1]).

Ed in realtà mentre sotto nessuna forma di governo i poteri costituiti potrebbero regolarmente esplicare le loro funzioni, ove il dovere dell'obbedienza fosse subordinato alla condizione, che all'inferiore non sembrasse contrario alla legge l'ordine impartitogli, viceversa una obbedienza cieca e passiva agli ordini di qualunque superiore finirebbe col porre le Autorità supreme alla discrezione delle Autorità minori incaricate della trasmissione diretta degli ordini a quelli, che devono esserne gli esecutori materiali.

Ogni questione intorno a quest'ultimo punto non può dipendere, che dal non intendersi sul preciso significato dei termini rispettivamente adoperati da chi sostiene l'una e da chi sostiene l'altra opinione, perchè ove per obbedienza passiva e cieca si intenda l'incondizionata esecuzione di qualunque ordine impartito da qualunque superiore, è chiaro, come non possa ammetterla se non chi suppone, che ogni superiore sia una creatura privilegiata, fornita di quel dono soprannaturale, che si designa sotto il nome di *grazia,* per adempiere sempre nel modo migliore la sua missione.

Ove si astragga da tali concetti mistici, sui quali si potrebbe

---

[1]) Alla teorica dell'errore viene appunto dal CARRARA (*Programma,* Parte generale, Lucca, 1871, pag. 200 e seg.) riferita la questione relativa agli effetti della subiezione gerarchica sulla imputabilità; ma tale opinione senza potersi in astratto ed alla stregua dei soli principî di diritto penale nè approvare, nè disapprovare, urta, come si avverte ulteriormente nel testo, contro i principî, a cui si informa il nostro diritto amministrativo.

voler fondare le regole destinate a governare un chiostro [1]), ma che non devono in modo alcuno insinuarsi nell'ordinamento della civile amministrazione, non si può a meno di riconoscere, come bisognerebbe, che nessun anello intermedio vi fosse fra chi sta a capo del Governo e gli agenti della forza pubblica, perchè la massima della obbedienza cieca si avesse a dire pericolosa soltanto per la causa della libertà e non anche per quella dell' ordine e dell' autorità. Ma comunque si pensi in proposito, bisogna come penalisti accettare senza discussione le regole o stabilite mediante espresse disposizioni legislative o regolamentari o desunte da uno studio complessivo delle leggi amministrative. E quindi data una legislazione, che imponesse a tutti indistintamente i funzionarî di accertarsi della legalità degli ordini ricevuti, prima di metterli ad esecuzione, l'esecuzione dell'ordine ingiusto costituirebbe anche per l'inferiore un reato, salvo ad escluderne a causa di coazione l'imputabilità, o ad escludere l'imputazione dell'agente a causa di errore; mentre data la legislazione attuale tale esecuzione di fronte a lui rappresenta propriamente un fatto conforme all'ordine giuridico e solo nei rapporti coll'autore dell'ordine ingiusto, al quale la si imputa come risultato preveduto e voluto dell'azione propria, che consiste nell' aver impartito l'ordine, vi si ravvisa la parte oggettiva di un reato.

Le attribuzioni dell'Autorità giudiziaria non sono però tali da conferire la facoltà di statuire sempre ed in ogni caso sulla legalità dell'ordine, nella cui esecuzione si riscontra la ricorrenza degli elementi costitutivi di una azione incriminata dal legislatore. I magistrati per regola generale non hanno diritto d'iniziativa, e le eccezioni, che si ammettono a questa regola non arrivano al punto da autorizzarli mai a statuire sulla punibilità di chi non sia o dal pubblico ministero o dalla parte lesa, se si tratti di reati perseguitabili a querela di parte (*cod. di proc. pen.,* art. 331, 371), deferito al loro giudizio. Il pubblico ministero poi essendo il rappresentante del potere esecutivo presso l'Autorità giudiziaria ed essendo sottoposto alla direzione del Ministro della giustizia (art. 129 della legge sull'ordinamento giudiziario) non può proporre l'azione penale contro quelle Autorità, che abbiano dati ordini, la cui esecuzione a lui sembri costituire reato, ove questi incontrino l'approvazione del Governo; ed anche quando per un cambiamento di Ministero sia venuto meno

---

[1]) Però SAN TOMMASO (*Summa theologica,* 2.ª parte del vol. II, pag. 738 e seg., Roma 1894) espressamente rigetta l'opinione affermativa del dovere dell'obbedienza passiva anche nei rapporti fra i monaci ed i loro superiori.

tale eventuale ostacolo all'applicazione della legge penale, l'Autorità giudiziaria potrebbe essere richiesta di procedervi solo nell' ipotesi, che si tratti di ordini non provocati, nè confermati dagli antichi Ministri, giacchè allora, come quando si trattasse di ordini emananti direttamente dai Ministri, solo il Senato costituito in alta Corte di Giustizia è competente a procedere al giudizio, e solo la Camera dei deputati ha la facoltà di promuovere l'azione penale [1]).

Tale condizione di cose, il cui apprezzamento sfugge alla competenza del penalista, non coarta però in modo alcuno la libertà del magistrato nel decidere sulla applicabilità del n. 1 dell'art. 49; giacchè la sua decisione deve essere fondata non sull'esame dell'intrinseco valore dell'ordine eseguito, ma su quello della sussistenza del dovere di eseguirlo.

Purtroppo può accadere, che una ferma convinzione della ingiustizia del fatto compiuto dal subalterno, accompagnata dalla coscienza della impossibilità di colpire chi glielo ha imposto, induca il giudice a punirlo, facendogli parere troppo grave lo sfregio, che si arrecherebbe alla giustizia, se prosciogliendo questo da pena senza poter far tener dietro a tale proscioglimento un processo contro chi ha la responsabilità del fatto, si venisse ad ingenerare nel pubblico l'opinione, che si trattasse di un fatto lecito. Ma in realtà alla giustizia non può farsi torto maggiore di quello di allontanarsi da essa solo perchè ci sembra che altri se ne sia allontanato, ed il mezzo migliore per richiamare ognuno alla sua osservanza sarà sempre quello di incominciare dall'osservarla per conto nostro. E non la si osserva davvero quando pur essendo persuasi [2]), che l'imputato ha agito

---

[1]) Ciò non risulta dalla lettera degli art. 36 e 47 dello statuto, ma come la Cassazione giustamente ritenne colle sentenze pronunciate il 24 aprile 1895 (*Riv. Pen.*, vol. XLI, pag. 455) su ricorso presentato dall'on. Giolitti contro due distinte sentenze di pari data (6 marzo 1895, riprodotte dalla *Riv. Pen.*, passo citato, in nota) della Sezione d'accusa presso la Corte d'appello di Roma, non si può disconoscere, che interpretando gli articoli citati nel senso della attribuzione al Senato di una competenza concorrente con quella dell'autorità giudiziaria comune, si introduce disordine e confusione nel congegno politico organizzato dallo Statuto, e di cui il potere e la correlativa responsabilità ministeriale fan così larga parte.

[2]) La persuasione, che l'ufficiale, che essendo offeso provoca il suo offensore a duello, od essendo provocato a duello accetta la sfida, si uniformi alla volontà dei suoi superiori legittimi non può invero non essere in ogni giudice, essendo notissimo, come sebbene non esista alcuna disposizione espressa in proposito, pure la competente Autorità abbia sempre ritenuto, che l'ufficiale abbia il dovere di agire in tal modo, e che chi lo trasgredisce viene in base all' art. 2 n. 7 della

uniformandosi alle regole di condotta, che i suoi superiori legittimi vogliono vedere da lui obbedite ed alle quali hanno dalla legge facoltà di imporgli d'obbedire, lo si condanna per aver così modo di censurare indirettamente l'operato di Autorità, i cui atti, pur potendo privatamente deplorarsi, non si è competenti a sottoporre al proprio sindacato.

§ 3.

Legittima difesa.

61. Ogni diritto implica la facoltà di poter essere mantenuto anche coll'uso della forza; giacchè il diritto cesserebbe d'esser tale, se ogni qualvolta piacesse ad altri di offenderlo, chi ne è investito dovesse rassegnarsi a rimanere inerte spettatore dell'altrui sopruso, per non essere a sua volta ritenuto responsabile d'ingiusta violenza, in quanto per farlo rispettare avesse affrontata la lotta coll'aggressore.

Finchè la difesa si tiene esclusivamente nei limiti della ripulsione dell'attacco si ha la così detta difesa o resistenza passiva, che si esercita ad esempio dal proprietario, il quale continui a tenere ben stretta la cosa sua per impedire al ladro, che l'ha afferrata, di portargliela via.

L'esercizio di questa specie di difesa non può dar luogo a difficoltà di sorta, giacchè a nessuno verrà mai in mente di vedere in esso un reato. Ma quando il proprietario, per continuare a servirci dell'esempio ora indicato, vedendo, che non potrebbe più oltre continuare a trattenere la cosa, si decida a ricorrere a mezzi più efficaci, per non venirne privato, ed incominci a percuotere il ladro per fargli lasciare la presa, allora potrà sorgere il dubbio sulla liceità del fatto compiuto, per tutelare il diritto di proprietà.

Per determinare esattamente la vera natura del diritto di legittima difesa occorre incominciare a stabilire con precisione quale è lo stato di fatto, che lo pone in essere, e quale è il fine proposto al suo esercizio.

---

legge 25 maggio 1852 sullo stato degli ufficiali ignominiosamente cacciato dall'esercito. Prima della pubblicazione del nuovo codice non mancò qualche sentenza (v. fra le altre quella del 27 settembre 1883 della Corte di Lucca, *Rivista Penale,* vol. XX, pag. 240), che prosciolse l'ufficiale duellante ritenendolo coartato al duello dalla sua condizione, ma nè il codice toscano, nè quello sardo avevano

Silent.... leges inter arma, nec se exspectari jubent, cum ei qui exspectare velit, ante injusta poena luenda sit, quam justa repetenda, affermava elegantemente, ma con non molta precisione scientifica Cicerone [1]), al quale non si poteva certo richiedere, che più che del modo di indurre nell'animo degli uditori o dei lettori suoi la persuasione, che non si dovesse condannare Milone, si preoccupasse

---

una disposizione corrispondente all'attuale art. 49, che permettesse di fondare la sentenza di proscioglimento sopra una interpretazione rigorosamente esatta e fedele. Ora che ciò sarebbe reso possibile dal disposto del n. 1 dell'art. 49 pare che l'ipotesi d'una sentenza, che prosciolga un uffiziale imputato per alcuno dei fatti previsti agli art. 237-242 del codice penale in considerazione di tale sua qualità abbia ad apparire come assai arrischiata, giacchè la Commissione speciale del Senato (v. sua relazione al capo IX del tit. IV del libro II a pag. 149 della edizione stampata a Torino, 1888) ebbe ad esprimere il voto, senza osare di formulare in proposito una proposta formale, che salvo a regolare convenientemente questa materia nella riforma dei codici penali militari o con leggi speciali si diminuissero d'un terzo pei militari le pene stabilite contro i colpevoli di duello, mostrando con ciò di ritenere, che in massima essi battendosi fossero punibili. Ma di tale aspirazione non si tenne fortunatamente alcun conto. Le ragioni, che indussero il Ministro a trascurarla si riferiscono invero tutte alla irrilevanza giuridica della qualità di ufficiale nel duellante (v. sua relazione al Re per l'approvazione del testo definitivo del codice penale, m. LXXXVIII a pag. 108 dell'ed. pubblicata a Roma, 1889), e non alla incongruenza di stabilirne l'effetto in una diminuzione della pena ordinaria, però quanto disse in proposito il Ministro non può autorizzare il magistrato ad introdurre nella legge una distinzione, che essa non ha fatta, dichiarando, che il disposto del n. 1 dell'art. 49 si applica a tutti gli altri reati all'infuori del duello. Certo sarebbe stato stravagante dichiarare, che l'ufficiale battendosi incorre in una pena diversa da quella, che colpisce il suo avversario borghese, ed ancora più stravagante sarebbe dichiarare senz'altro che egli battendosi non commette mai reato. Come non tutti i carabinieri, che adoperando le armi ad essi affidate per la tutela dell'ordine pubblico feriscono od uccidono, compiono così facendo un'azione legittimata dalla sua conformità alla legge od all'ordine legittimo, così una parte dei duelli degli ufficiali possono essere capricciosi ed affrontati o provocati per motivi riprovevoli e non per spirito di disciplina. Caso per caso si deve decidere quale fu il motivo del duello, come per caso si decide quale fu il motivo dell'uccisione, o di quel qualunque altro fatto costituente reato, che si è avuto a deplorare nella esecuzione di un ordine o nell'adempimento di un pubblico ufficio. Ma se sarebbe tanto ragionevole dichiarare, che non costituiscono reato i duelli degli ufficiali, quanto lo sarebbe la dichiarazione della legittimità di tutte le uccisioni compiute dagli agenti della forza pubblica nell'esercizio delle loro funzioni; neppure si deve preventivamente escludere, ove non si voglia sostituire alla verità di fatto una affermazione arbitraria, che ad un ufficiale possa essere imposto dai suoi superiori di battersi.

[1]) *Oratio pro T. A. Milone,* 4 a pag. 1369 vol. 2 della raccolta ed. da Ernesti, Halle, 1773.

di una metodica e serena elaborazione della teorica della legittima difesa.

Ora le leggi per se stesse tacciono così fra le armi, come nel foro; la loro voce per altro può non meno che nel foro farsi sentire fra le armi. Ciò dipende dall'esservi o non esservi sia nell'una che nell'altra emergenza persone animate dal proposito di eseguire i loro precetti. Questi poi sono diversi così a seconda della diversità dei casi, cui si riferiscono, come a seconda della diversità del punto di vista sotto il quale considerano i varî casi. Fra le armi non è il caso di applicare le leggi destinate a governare i giudizî, come non devono nella emanazione delle decisioni giudiziali mettersi ad esecuzione i precetti formulati pel caso, che debbano impugnarsi le armi.

Quando scoppia un incendio non è certo il caso di occuparsi di discutere intorno alla responsabilità di chi lo ha causato con una azione imprudente o compiuta precisamente collo scopo di suscitare quelle fiamme, che hanno di fatto divampato; ciò non significa però che il fuoco abbia forza di sospendere il regno della legge. Anzi di consueto la sua estinzione si deve alla esecuzione dei provvedimenti legislativi e regolamentari stabiliti in previsione di simili contingenze.

Analogamente allorchè si verifica una aggressione non deve dirsi che il corso delle leggi è sospeso solo perchè in quel momento riesce opportuna l'applicazione di quelle fra le disposizioni giuridiche, siano o no formulate in una legge scritta, che si riferiscono all'ipotesi di una violenza attuale, ed impongono agli agenti della forza pubblica (dato che il fatto succeda in un paese abbastanza civile, perchè gli agenti della forza siano messi a disposizione del pubblico e non solo del capo della consociazione) di adoperarsi per respingerla, e non è il caso di pensare ad applicare le disposizioni relative alla ipotesi d'una violenza verificatasi, le quali stabiliscono a qual pena si debba assoggettarne l'autore.

Nè pel fatto, che l'aggressione si verifichi in un tempo, in cui sia già formulato in legge il diritto da applicarsi per giudicare della responsabilità nella quale l'aggressore è incorso, mentre manca una formula legislativa, che disciplini l'uso della forza occorrente per respingere l'aggressione, deve credersi, che sostanzialmente diversa sia la genesi dell'uno e dell'altro diritto.

La legiferazione tende sempre a sottrarre il diritto all'incertezza, e quando essa abbia avuto luogo, se ne frustrano i benefizî, e si sostituisce l'arbitrio privato alla manifestazione della volontà collettiva, collo applicare norme diverse da quelle formulate per legge.

Fino a che una data materia non sia legiferata, imponendosi la

necessità di giudicare dei rapporti ad essa attinenti, si deve da chi ne ha l'autorità desumere dalla considerazione diretta di questi rapporti la norma, alla quale essi vanno sottoposti.

L'applicazione effettiva delle pene precedette certamente la loro comminazione legislativa [1]), sicchè anche del diritto di punire v'è un'epoca, in cui può dirsi, che esso è *non scripta, sed nata lex: quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus: ad quam non docti, sed facti; non instituti, sed imbuti sumus,* come Cicerone [2]) diceva del diritto di difesa. Ma il progredire della civiltà, come porta per eliminare l'arbitrio giudiziale a fissare preventivamente le singole pene da infliggersi agli autori dei singoli reati, così finisce col condurre, sempre al medesimo fine, a dichiarare in modo esplicito la legittimità dell'uso della forza contro gli ingiusti aggressori. Tanto è conforme a natura questo diritto, quanto quello; tanto è indipendente da un esplicito e previo riconoscimento fatto da una legge scritta l'esercizio di questo, quanto lo è l'esercizio di quello; mentre poi il lasciare, che dei limiti del diritto di difesa, delle condizioni, alle quali ne è subordinata l'esistenza, si giudichi in base al criterio individuale è tanto pericoloso, quanto lo è il permettere, che il criterio individuale decida in quali casi si deve ricorrere all'irrogazione della pena, e quale ne debba essere la specie e la misura. Ora il dichiarare di un diritto, che esso proviene direttamente dalla natura, e che è indipendente dalla legge scritta, in concreto significa, che ognuno è padrone di decidere quali fatti lo pongano in vita, e fino a qual punto esso giunga.

Malauguratamente Grozio in quella sua opera così celebrata e così meschina sul diritto della guerra e della pace presentò [3]) sotto la forma di argomentazione scolastica i pensieri non esatti, per quanto espressi con quella eloquenza, della quale fu insuperato maestro, da Cicerone, insegnando, che in tanto il cittadino ha diritto di difendersi, in quanto egli non possa invocare l'aiuto del giudice; e dietro a lui, come suole avvenire, tutti gli scrittori hanno ripetuta questa proposizione, senza curarsi di esaminare, se essa era vera.

---

[1]) V. al vol. I, pag. 21, FERRINI, *Esposiz. storica e dottr. del diritto penale romano;* WILDA, *Das Strafrecht der Germanen,* Halle, 1842, pag. 116 e seg.

[2]) Passo cit.

[3]) A pag. 70 e seg. dell'edizione di Amsterdam, 1702; onde poi a pag. 177 afferma, che per poter uccidere giustamente l'aggressore occorre, che nell'aggressione si riscontri un delitto meritevole della morte.

Ma se alcuno si faccia a considerare quali sono gli scopi, che la difesa si propone, e quali quelli a cui è indirizzato l'esercizio del magistero punitivo per parte del giudice, tosto si convincerà, che la prima di queste due funzioni non può essere considerata quale un succedaneo dell'altra, e che non è vero, che la difesa privata abbia ad esercitarsi in quei casi, in cui l'esplicazione dell'autorità repressiva giungerebbe troppo tardi al bisogno. La difesa si propone di impedire la violazione dell'ordine giuridico; la giustizia punitiva castiga gli autori delle violazioni, che di fatto si sono avute a deplorare. È vero, che in quanto abbia un effetto intimidatore anche l'amministrazione della giustizia penale può servire ad impedire ulteriori violazioni dell'ordine giuridico; ma è un errore, che porta ad una strana confusione di concetti quello di scambiare tale difesa mediata ed indiretta colla difesa consistente nell'uso della forza tendente ad impedire, che si violi totalmente un diritto già in realtà attaccato. Appunto per questa diversità essenziale, che intercede fra la funzione difensiva e quella repressiva, la prima può indifferentemente essere esercitata da chiunque, mentre nessuno, all'infuori dei funzionarî a ciò chiamati dalla fiducia del Governo, può ingerirsi nell'esercizio della seconda.

Per impedire ad un ingiusto aggressore di effettuare il suo malvagio disegno, basta aver forza sufficiente e volontà di porre questa forza a servizio della causa della giustizia, ma per giudicare qual pena abbia meritata costui occorre invece essere investito di pubbliche funzioni, che conferiscano autorità a far dipendere la sua sorte dalla propria opinione, e delle quali non viene investito se non chi se ne rende meritevole per integrità di vita e dottrina giuridica. Non deve adunque credersi, che chi impedisce ad un assassino di uccidere o ad un ladro di rubare, faccia alcunchè di analogo a quanto si farà poi dal giudice, quando costoro saranno tradotti al suo cospetto, ed in tanto gli sia concesso di esplicare la sua forza, in quanto al momento dell'aggressione non v'è un tribunale costituito, per giudicare l'aggressore. Se anche si verificasse il caso, che un reato si tentasse all'udienza d'un tribunale, i magistrati stessi, quando se ne presentasse la possibilità, incomincierebbero certo dal cercar di impedirne la consumazione, e per far questo non ricorrerebbero alla pronunzia d'una sentenza, ma alla pari di qualunque altro dovrebbero valersi della loro forza fisica.

Non è meno vero perciò, che fra le funzioni sociali vi è anche quella della difesa diretta dell'ordine giuridico, e che il privato si dovrà incaricare di questa funzione solo in quanto gli ufficiali pub-

blici non siano presenti, o le loro forze non bastino ad impedire la consumazione dell'aggressione. Ma i funzionarî incaricati di questa difesa non sono i magistrati, bensì gli agenti della pubblica forza (art. 27 del testo unico della legge sugli ufficiali ed agenti di p. s. approvato con r. decreto 21 agosto 1901).

Ciò ritenuto sarà facile comprendere, come la legge possa permettere ad un privato qualunque di far quello, di cui normalmente è incaricato un carabiniere od una guardia; mentre invece, se si suppone, che chi respinge una aggressione venga in quel momento a fungere da magistrato, potrà sembrare pericoloso, che funzioni così importanti, quali sono appunto quelle del magistrato, possano venire da ognuno indistintamente esercitate, e si sarà inclinati a circondare delle maggiori restrizioni l'esercizio della legittima difesa.

Chiunque adunque trovandosi presente ad una aggressione voglia far uso della sua forza, per tutelare il diritto, che essa minaccia, ha facoltà di farlo. Se chi respinge l'aggressione è quello stesso, contro il quale essa è diretta, oltre al giovare a tutta la società, perchè tutti hanno interesse a che il diritto resti illeso, giova a sè stesso. essendo egli quello, che risentirebbe direttamente ed in modo immediato il danno derivante dalla violazione del suo diritto. Ma questa circostanza, se nella pratica ha un effetto notevolissimo, perchè ognuno più facilmente si risolve a difendere gli interessi proprî, che non quelli d'altri, giuridicamente non modifica per nulla la posizione di chi esercita il diritto di difesa, giacchè non il fatto di difendere un interesse proprio, ma quello di difendere un interesse legittimo è il fondamento di tale diritto.

62. Il diritto di difesa nasce da una ingiusta aggressione, e con essa finisce. Tanto poco è vero quindi, che per difendersi occorra aspettare d'essere offesi, che il diritto di difesa cessa appena l'offesa minacciata sia effettivamente inferita, e solo in questo caso si può continuare a difendersi, quando vi sia luogo a temere, che alla prima offesa ne tengano dietro altre ulteriori.

Determinare quando è che una aggressione incomincia, quando cioè si può incominciare a ritenere, che alcuno ponga col suo modo d'agire in pericolo un nostro diritto, è questione di fatto; ma nel risolverla si deve tener presente, come la lotta coll'aggressore non debba essere governata dalle regole, che vanno osservate nei combattimenti impegnati per spontaneo consenso di tutti quelli, che vi partecipano, mentre si tratta invece di una lotta, che l'aggredito sostiene suo malgrado. Quindi se di fatto questi nella massima parte dei casi non incomincierà a cercar di colpire, se non dopo che l'ag-

gressore ha cercato di colpir lui, perchè solo tale tentativo gli farà conoscere, che lo si aggredisce, non ha però alcun dovere di astenersi dall'offendere l'aggressore, fino a che costui non abbia propriamente iniziato l'attacco. Chi attraversando una via solitaria riesce a scorgere i masnadieri appiattati in attesa dei malcapitati viandanti, contro i quali intendono slanciarsi, prima che costoro abbiano scorto lui, non ha certo il dovere di incominciare dal provocare la loro attenzione, per dare ad essi il vantaggio di iniziare il fuoco; ma se anche gli venga fatto di ucciderli tutti prima che ad uno solo di essi venga fatto di riaversi dalla sorpresa, rendersi conto del punto dal quale vengono gli spari e ricambiare il fuoco, può giustamente affermare d'essersi difeso, perchè non è del rapporto di tempo, ma della rispettiva posizione giuridica, che si deve tener conto per distinguere l'aggressore dall'aggredito.

Ordinariamente l'aggressione si esplica soltanto mediante i fatti, che tendono immediatamente a consumarla, e di consueto solo questi impongono la necessità di ricorrere alla forza, se si vuole impedire, che la progettata aggressione abbia a sortire il suo effetto. Chi mi uccidesse, dicendo d'averlo fatto, affinchè io non uccida lui, non troverebbe certo favorevole ascolto, perchè gli si chiederebbe conto del modo, in cui è venuto a conoscere, che io macchinava insidie alla sua vita. E similmente non troverebbe ascolto favorevole, chi essendo venuto a conoscere, che un suo nemico ha manifestati propositi di vendetta contro di lui, si è provveduto di un'arma, e sta esercitandosi nel maneggio di essa, per garantirsi dall'eventuale attacco gli togliesse la vita. Imperocchè la convivenza in una società civile permette di salvaguardarsi dalle aggressioni, a cui manchi il carattere dell'attualità e siano soltanto temute, altrimenti che ricorrendo all'uso della forza: la denunzia delle circostanze, che rendono probabile l'aggressione, all'autorità, e l'adozione delle cautele valevoli sia ad evitarla, sia a respingerla, qualora avesse tuttavia a verificarsi, bastano ad assicurare ad ognuno quella relativa tutela della sua persona, che è compatibile colle esigenze dell'ordine giuridico, non potendosi sacrificare ai timori intempestivi od esagerati d'alcuno gli altrui diritti. Solo non si deve confondere l'attualità dell'aggressione, ossia il suo inizio giuridico, coll'inizio materiale degli atti, nei quali essa si risolverà. E quando sia incontestabile in linea di fatto, che taluno è risoluto all'offesa, sia perchè dell'offender altri, come accade del brigante, ha fatta abitudine di vita, sia perchè sono ultimati gli apparecchi preordinati alla consumazione di questa, chi sa che l'offesa cadrebbe sopra di lui, e sa che l'attacco deve iniziarsi in un tempo

così prossimo, da togliere agio e modo di ottenere l'aiuto della forza pubblica, può valersi della forza sua, ed eventualmente di quella d'altri privati disposti ad aiutarlo, per impedire tempestivamente, che l'offesa abbia luogo.

Similmente è questione di fatto quella relativa alla forma, che deve assumere l'attacco, affinchè sia lecito ricorrere alla forza per respingerlo. Ma anche nel risolvere tale questione si deve tener presente un criterio giuridico, che in questo caso è fornito dal codice stesso, ed è quello della *violenza*. Contro le insidie occorre ricorrere alla vigilanza, e per quanto taluno sapendo il suo nemico dotato di astuzia assai maggiore della sua sia convinto, che finirà col cadere in alcuno dei molteplici agguati tesigli (ipotesi per altro assai poco probabile nella realtà della vita e che per fortuna si può ritenere pressochè esclusivamente destinata ad eccitare, quando sia abilmente esposta, l'interesse dei lettori di romanzi), non gli è lecito ricuperare la propria tranquillità a prezzo del sangue del suo insidiatore. Come molte fra le violenze sono accompagnate da insidia, così molte insidie implicano in alcuno dei loro atti risolutivi l'uso della violenza. Chi ha preparato il veleno può anche obbligare colui, al quale esso è destinato, ad ingoiare suo malgrado i cibi o le bevande, che lo contengono; chi ha scavata una fossa o preparato un trabocchetto, può spaventandolo o spingendolo far andare indipendentemente dalla sua volontà nel punto, dal quale precipiterà nel vuoto, quello, che si voleva da lui in questa maniera uccidere. Le insidie precedenti la violenza in tanto hanno influenza giuridica sull'apprezzamento delle azioni compiute, per renderle vane, in quanto valgono a manifestare la serietà del proposito, da cui è animato chi le tende, e possono quindi legittimare una reazione, che si dovrebbe dichiarare esorbitante, ove si ponesse mente soltanto agli atti violenti, che ad esse hanno tenuto dietro.

È finalmente una questione di fatto anche quella relativa alla determinazione del momento, in cui si è verificata la cessazione dell'aggressione e con essa la consunzione del diritto di difendersi. Intorno a tale questione è da avvertire, che questa cessazione può verificarsi in due modi: in quanto cioè la forza di chi difendeva il diritto abbia prevalso su quella di chi lo attaccava, ed abbia costretto costui a desistere dalla sua aggressione, ed in quanto si sia avuto a deplorare il caso contrario, e la violazione del diritto sia divenuta un fatto compiuto. Tanto nell'una quanto nell'altra ipotesi le ulteriori offese, che si infliggessero all'aggressore, non costituirebbero esercizio del diritto di difesa, ma dovrebbero qualificarsi reati.

63. Per potersi parlare di aggressione occorre, che si abbia una azione diretta ad offendere un interesse legittimo, e contro una mera omissione, sia pur tale da porre in pericolo la vita umana, non si può ammettere il diritto di difesa [1]). Ciò non vuol dire però, che chi si trova presente alla manifestazione di una inerzia omicida debba mantenersi passivo testimone di essa, e non possa senza esporsi ad una pena ricorrere all'uso della forza per obbligare ad agire colui, che o per la sua perizia o per i mezzi speciali, di cui è fornito, può agendo mantenere in vita un uomo, che altrimenti verrebbe a morire, od evitare un qualche altro disastro, che si avrebbe a deplorare senza il suo intervento.

Di questi casi però si deve giudicare alla stregua della teoria dello stato di necessità, e non secondo i principî della legittima difesa. La dizione infelice e troppo generica del n. 3 dell'art. 49 può impedire, che in pratica si abbia sempre a rilevare la differenza del risultato, a cui rispettivamente conducono questi e quella: comunque è certo, che se io obbligo colla forza taluno a prestare cura od assistenza ad un malato, non difendo costui da una ingiusta aggressione, ma lo salvo da un pericolo, che ha la sua causa in una inazione, e che di questa differenza si deve tener conto nel valutare la mia condotta, perchè dato che l'inazione dipenda dal timore di esporsi al contagio o di venire offeso da malandrini, che infestano la località, nella quale il malato si trova, ed in genere dato che l'inazione pericolosa per la vita altrui dipenda dall'apprensione di esporsi ad un male agendo, chi costringe ad affrontare questo male ed agire, salvo il caso di speciali doveri professionali, compie un'azione, che se a termini del diritto positivo può non essere punibile, è intrinsecamente ingiusta.

Perchè si abbia il diritto di ricorrere alla forza per tutelarsi non occorre, che la violenza, che ci minaccia, sia in qualche modo punibile. Il sovrano non commette reato uccidendomi [2]), non lo com-

---

[1]) Il contrario viene affermato da MORIAUD, *Du délit necessaire et de l'état de necessité*, Ginevra-Parigi, 1889, pag. 38 e seg. Ma la sua opinione insostenibile di fronte alla lettera della nostra legge, che parla di *violenza*, locuzione non adattabile all'ipotesi di una omissione, non è neppure razionalmente raccomandabile, perchè anche ammesso, che l'omissione sia ingiustificata, il privato che costringe ad agire si arroga un' autorità di fronte all' inerte, che è assai pericoloso legittimare.

[2]) L'erroneo fondamento assegnato al diritto di difesa condusse GROZIO (*De jure belli ac pacis*, Amsterdam, 1702, pag. 168 e seg.) a negarne l'esistenza in questo caso.

mette il pazzo, nè il minore degli anni nove: tuttavia se io per impedir loro di far ciò, li colpisco, mi valgo di un mio diritto, perchè ho respinto un attacco oggettivamente ingiusto.

Chi si difende non presume con ciò di dichiarar colpevole colui, che lo assale, e solamente si oppone a che sia compiuta una azione, che nessuno ha il diritto di compiere; quindi rispetto a chi si è difeso, è indifferente, che dall'aver voluto compiere questa azione intrinsecamente ingiusta derivi o no una responsabilità penale a carico di chi cercava di effettuarla.

Razionalmente [1]) neppure occorrerebbe, che il pericolo al quale ci troviamo esposti dipenda dal deliberato proposito di nuocerci, bastando, che esso dipenda da una azione ingiusta, perchè si abbia a parlare di legittima difesa, anzichè di stato di necessità, il quale si verifica propriamente quando il pericolo, al quale vogliamo sottrarci offendendo altri, è indipendente dalla loro volontà. Quanto al diritto, che ho di salvare la mia vita dovrebbe essere indifferente, che chi in una via troppo angusta, per permettermi di scansarmi, mi vien sopra con un cavallo spinto a corsa sfrenata, lo faccia collo scopo di atterrarmi, o per non aver badato alla mia presenza, e se io o spaventando il cavallo o sbarrandogli la strada, coll'abbattere un palo, che a caso si trova appoggiato al muro riesco a salvar me, ma faccio cadere il cavaliere, la mia azione dovrebbe dichiararsi legittima e non solo non punibile, perchè scusata dalla paura. Tuttavia a termini del nostro diritto positivo a questo caso sarebbe applicabile il n. 3, anzichè il 2 dell'art. 49, perchè non può parlarsi di violenza se non in quanto si abbia il proposito di compiere quella azione, che è pericolosa per un altro, a dispetto suo.

Ma come non si deve subordinare il diritto di opporsi colla forza a che quest'azione si compia, alla condizione, che tale proposito sia concepito da un responsabile, così non si deve neppure subordinarla a quella, che lo manifesti un nostro simile.

Di fronte agli animali di regola generale non è il caso di parlare nè di legittima difesa, nè di stato di necessità, perchè essi non sono soggetti di diritto, e le offese loro inferte non costituiscono quindi reato. Ma in quanto, o perchè questi animali appartengano ad altri,

---

[1]) V. in questo senso BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Lipsia, 1885, pagina 736. Non ponendo abbastanza mente alla locuzione del nostro codice, fra i casi di legittima difesa anch'io compresi a pag. 405 del mio *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900 il ricorso alla forza diretto a scampare da un pericolo dipendente dall'imprudenza altrui.

o perchè il fatto siasi svolto in condizioni di tempo o di luogo o coll'uso di mezzi tali da imprimergli il carattere di reato, l'offesa ad un animale implichi la lesione di un interesse individuale o sociale, si deve vedere in essa l'esercizio del diritto di difesa, e non una azione penalmente non imputabile, perchè imposta dall'istinto della conservazione [1]).

L'ingiustizia intrinseca dell'aggressione consiste nell'essere diretta ad offendere un interesse legittimo. Ogni qualvolta pertanto la legge imponga od autorizzi la lesione di qualche interesse, chi risente danno da questa offesa non può ricorrere alla forza, per stornare da sè il male giusto, che lo minaccia. Non si può quindi invocare la legittima difesa da chi sia dagli agenti della forza pubblica nei casi previsti dalla legge privato della libertà personale, o veda da essi invaso il suo domicilio; non si può invocarla dall'aggressore, che è posto a sua volta in pericolo di vita dalla reazione a lui opposta dall'aggredito. Ma la resistenza opposta al pubblico ufficiale, che voglia eseguire un'azione illegale a danno della nostra persona, deve senza dubbio considerarsi come esercizio del diritto di legittima difesa, giacchè la legge tien conto della intrinseca legittimità dell'atto e non della qualità di chi lo compie.

64. A determinare i limiti prefissi all'esercizio del diritto di legittima difesa non basta por mente alla maggiore o minor gravità della violenza messa in opera, per effettuare l'aggressione. Ed invero la questione relativa all'estensione della legittima difesa non consiste propriamente nel vedere quali diritti possano tutelarsi colla forza, ma nel decidere in quali casi la forza possa essere impunemente diretta ad offendere la persona dell'aggressore. Come niuno dubita, che se alcuno vuol percuotermi io ho il diritto di trattenere il suo braccio od impedirgli di servirsi dell'istrumento, col quale vuol colpirmi, e che se altri sta per entrare da una finestra nella mia abitazione io non commetto alcunchè d'ingiusto, ponendogli le mani addosso per trattenerlo, onde non si avanzi più oltre, così niuno ha mai dubitato, che se un ladro fugge coll'oggetto involatomi, io abbia diritto d'inseguirlo, e se, riesco a raggiungerlo, abbia quello di afferrare la cosa mia, e cercare colla forza di strappargliela dalle mani. Ma la disputa cade sulla sussistenza od insussistenza del diritto di ferire ed uccidere, per ridurre prontamente all'impotenza chi mi vuole

---

[1]) La cosa però è controversa: v. Liszt (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlino, 1894, pag. 119), che si pronuncia per l'opinione svolta nel testo, ed autori da esso citati.

percuotere, per assicurarmi dalla possibilità di una violazione del mio domicilio, per rientrare in possesso della cosa mia. Quindi il criterio della gravità dell'attacco, benchè apparentemente favorevole all'esercizio del diritto di difesa, viene nella sostanza a restringerlo.

La distinzione fra gli attentati alla proprietà e le aggressioni contro la persona, quando si voglia porla a base, come si fa dal nostro codice, dellà delimitazione del diritto di legittima difesa, non significa, che il proprietario debba passivamente assistere alla perpetrazione del furto, bensì che egli nel difendere la cosa sua è tenuto ad astenersi dall'infierire contro la persona del ladro; mentre chi è minacciato nella persona può offendere, per difendersi.

Se si volesse, per stabilire i limiti della reazione, assumere come criterio la qualità dei mezzi adoperati per aggredire, si ritornerebbe alle viete e giustamente censurate regole, che volevano veder opposto il bastone al bastone, la spada alla spada.

Imperocchè ove si voglia venire alle applicazioni concrete la formula della proporzionalità fra l'energia della difesa e quella dello attacco non può non risolversi in un rapporto di corrispondenza fra i mezzi offensivi e quelli difensivi. Forse sarà più conforme alle deduzioni rigorose della logica giuridica il voler proporzionare l'energia della difesa unicamente all' energia dell'attacco; ma è assai più consentaneo agli scopi, che il legislatore deve cercar di raggiungere, l'adottare come criterio della valutazione della gravità dell'attacco la qualità del bene giuridico contro il quale è diretto, attesa la grandissima difficoltà pratica d'apprezzarlo in ragione della probabilità della sua riescita.

Certo un qualche conto bisogna tenere anche della forza, della quale l'aggressore dispone; perchè se alcuno, sia pure animato dall'intenzione di togliermi la vita, getta dei sassi contro un solido muro, che mi protegge, io non agirei punto in stato di difesa, se scaricassi contro di lui da una feritoia esistente nel muro un'arma da fuoco. Ma purchè esista in genere la possibilità, che i mezzi posti in opera per nuocermi raggiungano questo intento, è della gravità del male, che mi è minacciato, e non della maggiore o minore idoneità dei mezzi adoperati, che devo preoccuparmi, per regolare la mia difesa. E quando il bene, che si vuol togliermi, sia la vita, sebbene i mezzi di cui il mio avversario dispone rendano poco probabile la mia uccisione, io posso renderla senz'altro impossibile, coll'uccider lui.

Pur ritenendo adunque, che qualunque diritto abbia inerente la facoltà di essere tutelato colla forza, si deve riconoscere, come le

esigenze della vita sociale non concedano di permettere ai cittadini di spargere il sangue di chi sta per compiere un'azione lesiva di alcuno dei loro diritti, per mantenerli egualmente illesi tutti, essendo la sicurezza sociale e l'ordine civile assai meno turbati, se alcuno soffre un'ingiuria od un furto, che non se egli, per impedirne la perpetrazione, uccide chi tentava di commettere tali ingiuste azioni.

Il nostro legislatore si è appunto informato a tale ordine di idee dichiarando al n. 2 dell'art. 49, che non costituisce reato il fatto compiuto per esservi stati costretti dalla necessità di respingere da sè o da altri una violenza attuale ed ingiusta, per respingere cioè una violenza diretta contro la propria o l'altrui persona, qualunque sia poi fra i tre beni — vita, integrità personale, che si suddivide in integrità fisica e pudicizia, e libertà personale — a cui si accenna parlando di persona quello, che la violenza tende propriamente ad offendere.

L'unico caso in cui dalla nostra legislazione è permesso di esorbitare dai confini della difesa passiva, per difendere la proprietà, è quello d'una minaccia ad essa per parte di volatili ad altri appartenenti. Il proprietario, che sorprende sul suo fondo volatili, che stanno arrecandogli danno, può invece di limitarsi a farli fuggire, impunemente ucciderli (*codice penale,* art. 429, capov. ult.).

La violenza personale attuale è però dal nostro codice riscontrata non solo nell'aggressione personale in senso stretto, ma anche in quei reati contro la proprietà, che implicano ad un tempo un pericolo per la vita o l'integrità personale del proprietario. Giusta l'art. 376 non costituiscono reato gli omicidî ed i ferimenti commessi, per esservi stati costretti dalla necessità di difendere i proprî beni contro gli autori d'una rapina, d'una estorsione, d'un ricatto o dal saccheggio, o dalla necessità di respingere gli autori di scalata, rottura od incendio alla casa o ad altro edifizio di abitazione o alle loro appartenenze, qualora ciò avvenga di notte, ovvero qualora la casa, l'edifizio di abitazione o le loro appartenenze siano in luogo isolato, e vi sia fondato timore per la sicurezza personale di chi vi si trovi. Prescindendo da quest'ultimo caso, l'impunità di chi per respingere gli autori dei reati ora indicati li ha feriti od uccisi non è pertanto affatto subordinata alla condizione, che sia in linea di fatto provato, come il reato diretto contro la proprietà implicasse anche un pericolo per le persone, anzi essa non sarebbe neppure esclusa dalla prova contraria, imperocchè il legislatore sebbene sia stato indotto a dettare la sua disposizione dalla presunzione di tale pericolo, nel formularla non si è ad essa riferito, ma si è espresso in modo assoluto

e categorico. La più minuta trattazione poi delle questioni, cui può dar luogo la sua applicazione, fra le quali vanno rilevate quelle sulla estensione della scriminante a chi abbia agito per difendere i beni altrui ed a chi abbia agito per mezzo di apparecchì destinati ad offendere gli invasori della sua casa, va riservata alla parte speciale, riferendosi tale disposizione esclusivamente [1]) ai casi, in cui per difendere i proprî beni si sia ucciso o ferito chi li aggrediva in uno dei modi previsti dall'art. 376.

Perchè si possa dire, che la violenza ha imposta la necessità di compiere il fatto, intorno alla cui legittimità si disputa, non occorre poi, che non fosse effettivamente escogitabile altro mezzo, per respingerla. Ciò risulta dal confronto del n. 2 col numero successivo, nel quale l'impunità, trattandosi di un fatto oggettivamente ingiusto, è subordinata alla condizione, che per salvare sè od altri dal pericolo grave ed imminente alla persona non vi fosse in modo assoluto altra strada, che quella, che conduceva a compiere un fatto preveduto come reato. Ciò si deve riconoscer giusto, ove si pensi, come in base al fatto dell'aggressione non possano imporsi doveri all'aggredito, ed in ispecie non possa imporglisi quello di darsi alla fuga, onde salvarsi dall'aggressione a meno che si vogliano attribuire all'aggressore correlativi diritti. Quando la legge parla di necessità, intende quindi di escludere soltanto, che si possa per respingere l'altrui violenza trascendere a fatti, che compiuti in condizioni normali costituiscono reato, nei casi in cui risultano esorbitanti di fronte allo scopo, che si trattava di raggiungere, come se un uomo vigoroso ed armato uccida un vecchio od un ragazzo inermi, che abbiano avuta la temerità di alzar le mani sopra di lui, per percuoterlo. Il calcolo della necessità deve pertanto propriamente istituirsi in rapporto allo scopo di vincere l'aggressore e non a quello di salvarsi da esso, il che ha pure indicato il legislatore adottando una locuzione diversa da quella adoperata nel disciplinare le conseguenze giuridiche dello stato di necessità; giacchè mentre ivi parla della necessità di salvarsi, in

---

[1]) Nella pratica tale limitazione riesce inavvertita, perchè è oltremodo malagevole che per respingere l'autore d'una scalata si abbia a compiere un fatto che lo offenda in un bene diverso da quelli della vita od integrità personale; ma quando l'ipotesi si verificasse, per scriminare il fatto bisognerebbe, non potendosi più ricorrere all'art. 376, dimostrare l'applicabilità del n. 2 dell'art. 49, e provare, che la scalata si compieva col preciso intento di giungere per mezzo di essa a rendere possibili atti di violenza contro gli abitanti della casa; mentre bisognerebbe ricorrere al n. 3 di tale articolo, dato che per difendersi si offendessero persone estranee all'attentato.

tema di legittima difesa si riferisce alla necessità di respingere la violenza, risultato che non si può ottenere da chi cede alla violenza, fuggendo. Per credere, che l'assalito sia tenuto a fuggire, se può farlo senza suo pericolo, bisogna erroneamente spiegarsi l'impunità sua come una conseguenza dell'applicazione della teorica della coazione, perchè quando la fuga era possibile, ed invece di prenderla, si è resistito, più non si può sostenere, dato che la nostra resistenza abbia avuto per effetto di farci uccidere o ferire chi ci assaliva, che questa uccisione o queste ferite devono essere imputate al timore, che agitava il nostro animo, e non a noi. Ma proclamata che sia la conformità oggettiva all'ordine giuridico del fatto compiuto per difendersi, non occorre più adoperarsi a togliere alla difesa il carattere della volontarietà, dimostrando, che si era costretti ad assumerla dalla impossibilità di darsi alla fuga.

§ 4.

Stato di necessità.

65. L'istinto della conservazione non ha in sè alcunchè di riprovevole essendoci ispirato dalla natura, ma può in taluni casi spingerci a commettere azioni incriminate dalla legge penale. Questa ipotesi [1]) si verifica, quando alcuno si trovi esposto ad un pericolo dal quale non può scampare altrimenti, che col nuocere ad una persona, che non è responsabile della pericolosa posizione, a cui egli vuol sottrarsi, o coll'offendere in un altro modo qualunque l'ordine giuridico, e si suole chiamarla stato di necessità.

---

[1]) La rarità dei casi, in cui essa si verifica condusse i filosofi a precedere i giuristi nello studio di essa. CICERONE (*De officiis*, III, 23, pag. 988 e seg. del vol. IV della raccolta delle opere pubblicata ad Halle, 1776) riferisce, che il libro *De officiis* di ECATONE (nativo di Rodi, discepolo di PANEZIO) è pieno di questioni relative al modo di condursi nelle varie contingenze, a cui la sua verificazione può esporre, e fra queste ricorda l'alternativa di lasciar perire d'inedia i concittadini o consumare per sovvenirli i viveri accumulati, per far superare alla famiglia il periodo della carestia; di far getto in tempo di burrasca di un cavallo prezioso o di un vil servo; di annegare o strappare ad un compagno di naufragio di poco conto la tavola, che lo sostiene; di denunziare il padre sacrilego, peculatore od aspirante alla tirannide o venir meno ai doveri di magistrato e di cittadino; di sottostare alla perdita derivante dall'aver accettata moneta falsa per buona od ingannare altri; di esporsi a quella dipendente dall'attitudine a guastarsi, che ha il proprio vino od esporvi altri, vendendolo ad essi.

Le azioni commesse nello stato di necessità si differenziano [1]) da quelle compiute nell'esercizio della legittima difesa, in quanto queste offendono chi colla sua ingiusta aggressione ci ha posti nella alternativa di fargli del male o di adattarci a subirne noi, mentre esse vanno a pregiudizio di chi è affatto estraneo alla produzione del pericolo, al quale vogliamo sfuggire. Quindi mentre le azioni compiute da chi si difende non ledono interessi, pei quali si possa affacciare ragionevole pretesa alla tutela della legge penale, le offese fatte ad altri da chi si trova nello stato di necessità tornano a pregiudizio di persone, che non si sono rese per nulla immeritevoli d'essere protette dalla legge penale.

A rendere giusto il fatto compiuto nello stato di necessità non basta, che non si potesse sfuggire alla morte altrimenti che col compierlo. Imperocchè la proposizione, che l'uomo ha diritto di vivere si converte in una assurdità, se non la si intende nel senso, che gli altri uomini non devono attentare alla sua esistenza. Il mio diritto alla vita è offeso, se mi sia minacciata la morte da un assassino, ma non già se le onde del mare stiano per travolgermi ed inghiottirmi, od una bestia feroce voglia divorarmi.

Parlare di diritti in questi casi sarebbe altrettanto ridicolo, quanto il dire, che la febbre e le altre malattie offendono i diritti dell'uomo.

Quando un pericolo, che non dipende dalla volontà d'altri uomini, ci sovrasta, noi abbiamo tutto l'interesse a sottrarcene, ma non possiamo per questo dire d'avere il diritto di vederlo rimosso. Se per salvarci esponiamo al pericolo un altro, violiamo invece veramente il suo diritto, perchè il male, che volontariamente gli cagioniamo, non dipende in questo caso da una forza bruta, che può arrecar danno, ma non già commettere ingiustizia, bensì da una creatura ragionevole, che ha il dovere di astenersi dal nuocere ai proprî simili. Del resto se si ammettesse, che il fatto del trovarsi in pericolo conferisca il diritto di nuocere ad un altro per salvarsi, bisognerebbe poi riconoscere nuovamente in costui, in conseguenza del pericolo nel quale viene così a trovarsi, il diritto di fare a sua volta il possibile per impedire, che cada sul suo capo il male, che si vuol evitare dall'altro, e si avrebbero due diritti contrarî, cosa non consentita dalla contraddizione logica.

Anzi volendo essere rigorosamente esatti converrebbe rispetto ai pericoli provenienti dall'altrui fatto ingiusto distinguere fra i casi, in

---

[1]) Confuse le une colle altre il PAOLI nella sua *Esposizione storica e scientifica dei lavori di preparazione del codice penale italiano*, vol. I, pag. 121 e seg.

cui quanto facciamo per sfuggirli ridonda a danno dell'autore di questo fatto, e quelli nei quali va a detrimento d'altre persone. I primi soltanto andrebbero assegnati alla teorica della legittima difesa, mentre i secondi razionalmente rientrano in quella dello stato di necessità. La lettera della nostra legge non si presta per altro ad una distinzione siffatta, e l'estrema rarità dei casi [1]) in cui essa può riescire praticamente applicabile vieta di preoccuparsi soverchiamente della confusione fra casi logicamente distinti, che si potrebbe rimproverare al legislatore d'aver resa possibile per aver trascurato di comprendere fra le condizioni, che devono ricorrere affinchè si verifichi il diritto di legittima difesa quella della identità fra la persona offesa dalla difesa opposta dall'aggredito e la persona, che ha colla sua aggressione reso necessario il ricorso alla difesa.

E neppure è da ammettere, che essendo le leggi destinate a render possibile la coesistenza degli uomini, esse non siano suscettive di venire applicate ai casi, in cui l'esistenza dell'uno sia assolutamente incompatibile coll'esistenza dell'altro.

L'obbedienza, che si deve prestare ai precetti del legislatore non è punto subordinata alla condizione, che tale ossequio sia conciliabile colla conservazione della vita; nè il versare in pericolo di morte fa sì, che al regno dell'ordine giuridico resti sostituito un preteso stato di natura, nel quale non possa discorrersi di prevalenza di diritti, ma solo di preponderanza di forze. Se fosse vero, che pur di salvare la propria vita, si possa permettersi qualunque cosa, non si potrebbe imporre agli agenti della forza pubblica di affrontare con proprio rischio i facinorosi, nè ai soldati di esporsi alla morte per respingere le forze nemiche.

---

[1]) Un caso di questa specie viene esposto, ma in via d'ipotesi, dal PAOLI, *Esposizione storica e scientifica dei lavori di preparazione del codice penale italiano*, Firenze, 1884, pag. 125, in nota. In pratica tuttavia talvolta la difesa dell'aggredito riesce nociva ad altri, che all'aggressore, ma ciò non basta senz'altro a far comprendere il caso, nel quale si riscontra tale divergenza nella categoria di quelli, a cui si accenna nel testo. Per farlo occorre, che risulti essersi di proposito, e perchè ciò nelle speciali contingenze del caso era imposto dalle esigenze della sua salvezza, dall'aggredito offeso un interesse non pertinente all'aggressore, mentre ogni qualvolta il colpo diretto contro costui colpisce un altro (ed è questo, che nella realtà delle cose talora avviene), per applicazione estensiva od analogica dell'art. 52 si sarebbe sempre dovuta applicare la disposizione concernente la legittima difesa, anche quando il legislatore avesse invece d'usare la formula dell'art. 49 detto ad esempio: « Non costituiscono reato le offese inferte a chi abbia costretto altri ad offenderlo per respingere dalla propria o dall'altrui persona un male imminente ed ingiusto ».

Oggettivamente l'azione di chi precipita in mare il compagno per non affondare insieme a lui, è altrettanto ingiusta [1]), quanto quella, che si commette da chi getta nell'acqua colui, del quale vuole la morte non per salvare la vita propria, ma per soddisfare l'odio concepito contro di esso. La differenza grandissima, che intercede fra queste due azioni, non riguarda che la loro parte soggettiva. Mentre nel primo caso l'uccisione del proprio simile è stata imposta dal timore della morte, al quale sono accessibili anche gli uomini onesti: nel secondo è stata ispirata dalla passione dell'odio, che non può allignare in un animo retto. Si potrà quindi nei casi in cui speciali doveri inerenti allo stato al quale si appartiene, o nascenti [2]) da par-

---

[1]) MORIAUD conchiude la sua monografia (già citata a pag. 153, nota 1) sull'atto compiuto in stato di necessità affermando, che esso pel legislatore non è nè giusto, nè ingiusto. Ora può certo accadere, ed a lui è accaduto, che di un atto umano non si sia in grado di dire, se esso sia giusto od ingiusto. Ciò potrà dipendere o dalla ignoranza in cui siamo delle circostanze di fatto, nelle quali si è compiuto, o dalla mancanza di un criterio di distinzione fra il giusto e l'ingiusto, o dalla impotenza ad applicare il criterio da noi posseduto al caso pratico, che ci vien sottoposto; ma la nostra indecisione e la nostra incertezza non si oggettivano. Egli soggiunge, che agli occhi del giudice la sua giustizia è in ragione diretta della superiorità del male che ha evitato sul male che ha causato. Ma il concetto di giustizia non è suscettivo di aumento, nè di diminuzione. La giustizia è la conformità di un atto umano all'ordine giuridico, e per graduare la conformità bisogna intendere con essa non un rapporto di corrispondenza quale è quello, che deve verificarsi fra l'atto umano e l'ordine giuridico, ma un rapporto di semplice analogia o di somiglianza.

[2]) Chi assume l'impegno di servire ad altri di scorta inducendoli con ciò ad affrontare pericoli, a cui da soli non si sarebbero esposti, offrendosi ad esempio a guida per una ascensione in montagna od a nocchiero per una gita in barca, non potrebbe invocare il beneficio accordato dal n. 3 dell'art. 49, ove non solo non si adoperasse a salvare gli incauti, che si sono fidati delle sue promesse, ma per rendere più probabile la salvezza propria o li facesse cadere in un precipizio o li gettasse in acqua, perchè di fronte a lui il pericolo riveste la qualifica della volontarietà, per quanto indipendente dalla sua volontà sia il fatto, che in modo immediato e diretto lo ha generato. Se infatti non è per volontà della guida o del nocchiero, che scoppia una burrasca od interviene un altro accidente, che espone al pericolo immediato di morte costui e le persone, che confidando nella sua perizia hanno affrontato i rischi del mare o della montagna, è per volontà sua, che esse si trovano in quella situazione, che rende pericolose per loro le perturbazioni atmosferiche. È ben vero, che questa volontà non venne da lui imposta, ma è stata liberamente accettata; per altro ben diverso è l'oggetto delle rispettive volizioni. L'uno ha voluto, che il pericolo si affrontasse, o dissimulandolo, o dichiarandosi capace a farlo superare: gli altri lo hanno affrontato od ignorandolo o ritenendo, che se si fosse manifestato, sarebbero stati validamente soccorsi.

ticolari circostanze non impongano di affrontare il pericolo, condonare alla fragilità dell'umana natura l'ingiustizia commessa per non perdere la vita, mentre si dovrà assoggettare al rigore delle leggi chi per appagare una malnata sete di sangue, ha troncata la vita d'un uomo; però il carattere dell'ingiustizia impresso in un fatto dalla sua contrarietà all'ordine giuridico non è punto cancellato dalla sua attitudine a far sfuggire ad un pericolo mortale.

66. Il n. 3 dell'art. 49 esclude l'imputabilità di colui, che sia stato costretto ad agire dalla necessità di salvare sè od altri da un pericolo grave ed imminente alla persona, al quale non aveva dato volontariamente causa, e che non si poteva altrimenti evitare.

La gravità, l'imminenza e l'inevitabilità del pericolo [1]) possono esser difficili a constatare nei casi concreti, ma la determinazione dei concetti, a cui queste tre condizioni si riferiscono, non può dar luogo a questioni teoriche.

Quanto alla condizione, che l'agente non abbia dato causa volontariamente al pericolo, è da osservare, che appunto si dice volontariamente, per stabilire, che non è escluso dal benefizio dell'impunità chi essendo per imprudenza propria caduto in pericolo di vita, abbia poi offeso altri, per salvarsi. Quindi sia che alcuno si trovi in pro-

---

[1]) Così nello stato di necessità, come in quello di legittima difesa la valutazione dei caratteri del male temuto deve farsi tenendo conto di tutte le circostanze del caso e non solo della intrinseca potenzialità nociva del fatto generatore del pericolo. La trasformazione del pericolo in danno effettivo è infatti subordinata non solo a tale potenzialità, ma anche alle condizioni dell'ambiente, nel quale questo fatto è destinato a manifestare i suoi effetti. Immediato è il pericolo, che corro, se in aperta campagna scorgo un brigante armato, per quanto egli non abbia ancora scorto me: dato che per averne conoscenza personale io riesca a distinguerlo fra gli altri viandanti, mentre attraversa le vie d'una città popolosa, anche supposto, che io sappia esser egli celatamente fornito di armi, e muovere precisamente in cerca di me, non sono punto autorizzato ad ucciderlo, perchè il pericolo diventerebbe attuale solo quando egli fosse riescito a scorgermi, e ad avviarsi alla mia volta, senza venir trattenuto da alcuno. Analogamente non grave, nè immediato è in circostanze normali il pericolo dipendente dal lasciare momentaneamente impunito un reato, tuttavia a me pare, che non abbiano errato i giurati napoletani mandando prosciolti i galeotti (uno venne dichiarato colpevole di complicità non necessaria in omicidio, ma perchè aveva partecipato al fatto senza che fosse stato dai suoi compagni nominato a far parte della commissione), che essendo stati nel 1860 nominati dai loro compagni, che pel richiamo della truppa incaricata di custodirli, si videro abbandonati a sè stessi, membri di una commissione legislativa, esecutiva e giudiziaria, comminarono la pena di morte contro i colpevoli di furto, e la irrogarono ad uno, che aveva rubato una capra.

cinto d'annegare, perchè mentre era inesperto nel nuoto si è allontanato soverchiamente dalla spiaggia, sia che vi si trovi a seguito d'un naufragio, sia che il naufragio abbia colpito il pescatore costretto dalla necessità d'alimentare la propria famiglia ad affrontare le onde procellose, sia che abbia colto il temerario, che solo per far pompa di coraggio si è messo in mare mentre imperversava una burrasca, si applica sempre una medesima regola.

Solo chi ha dato causa al pericolo per proposito deliberato, come l'incendiario, che sia minacciato dalle fiamme da lui suscitate, e chi ha assunto di fronte ad altri l'impegno di sfidarlo, per servirli, è escluso dalla scusa derivante dallo stato di necessità.

Non è da approvarsi la generica estensione [1]) dell'impunità a chi abbia agito per salvare un altro, facendosi così arbitro della vita di più persone egualmente esposte ad un pericolo, al quale non gli sia dato sottrarre alcuna fra esse senza direttamente offendere le altre. Essa avrebbe dovuto limitarsi al salvamento di persone, a cui si sia

---

[1]) Per giustificarla il Ministro osservava (*Relazione per l'approvazione del testo definitivo del codice*, n. XXIX), che era difficile stabilire una distinzione fra le persone a salvare le quali possa condurre il debito di assistenza morale e sociale, e che sarebbe ingiusto il dichiarare delittuoso l'atto di chi sacrifica un bene minore, per salvarne uno di gran lunga più grande: quando ad esempio il salvare la vita di alcuno non possa involgere che un danno alla proprietà altrui. La prima di queste osservazioni, che del resto sono entrambe vere, avrebbe dovuto però indurre soltanto a non subordinare l'ammissibilità della scusa alla condizione, che fra il salvato a spese della vita altrui ed il salvatore passi un rapporto di parentela od altro egualmente suscettivo di determinazione specifica per parte del legislatore, ma a rimettere in facoltà del giudice di concederla in tutti quei casi, in cui si convincesse, che il rapporto di fatto intercedente fra essi era tale, che il pensiero del pericolo corso dal salvato potesse sull'animo del salvatore esercitare una impressione non minore di quella, che avrebbe potuto essere esercitata dal pensiero di un pericolo proprio.

La seconda poi è ancor meno adatta a giustificare la dizione legislativa, perchè quando per salvare la vita di un uomo si danneggia la proprietà altrui non si commette già un'azione, che occorra dichiarare non imputabile, perchè dovuta alla coazione esercitata sull'animo di chi l'ha compiuta dal pensiero del pericolo che altri correva, per poterne esentare da pena l'autore, ma si eseguo un fatto, che non può esporre chi l'ha compiuto al pericolo di punizione alcuna, perchè non ha in sè i caratteri costitutivi del reato. I reati contro la proprietà sono contraddistinti dalla intenzione sia di procurare a sè o ad altri un lucro illecito, sia da quella di procurare ad altri un ingiusto detrimento. Nè l'una, nè l'altra di queste intenzioni può verificarsi quando si è agito per salvare la vita di un uomo; e quindi non si ha già un furto od un danneggiamento non imputabili, ma un fatto, che non costituisce il reato di furto, nè quello di danneggiamento.

vincolati da rapporti di parentela o di amicizia, e tanto più è deplorevole, che ciò non siasi fatto, inquantochè la dizione dell'art. 49 obbligherebbe a lasciare impunito chi per salvare l'imprudente od anche lo scellerato, che colla sua temerità o col suo misfatto ha esposto a pericolo sè stesso assieme ad altri, avesse sacrificate le vittime innocenti di costui.

Oltre alla collisione, preveduta dal nostro codice, fra la conservazione della vita propria od altrui e l'osservanza di un divieto o di un precetto fatto sotto la comminazione di qualche pena, può ancora verificarsi una collisione fra l'osservanza delle norme giuridiche e la conservazione di un bene diverso da quello della vita.

Il Binding [1]) domandandosi, che cosa debba argomentarsi dal silenzio osservato dal legislatore sulla seconda di queste ipotesi, giacchè anche il codice germanico si limita a prevedere il caso, in cui il pericolo, che si corre, sia della vita, risponde, che è da ritenersi non avere il legislatore voluto esaurire questa materia, ma solo riconoscere in massima nello stato di necessità una causa scriminatrice, dichiarandolo espressamente rispetto ai casi più gravi, e passando sotto silenzio quelli più leggieri, perchè la disposizione dettata per gli altri poteva servire di norma anche per essi.

Ma questa sua opinione dipende soltanto dallo avere egli confusa la gravità del male, al quale si vuole sfuggire, colla gravità del danno, che per salvarsi, si arreca ad un altro.

Dalla disposizione, che riconosce la non imputabilità dell'uccisione compiuta per salvarsi, giustamente si può argomentare, che tanto meno debba punirsi chi sempre collo stesso scopo di sottrarsi alla morte abbia soltanto danneggiata l'altrui proprietà, ma non è lecito però all'interprete di estendere a chi abbia agito per salvarsi da una perdita pecuniaria o da un pregiudizio nell'onore un benefizio dalla legge accordato a chi sia stato spinto ad agire dal timore della morte.

Tanto più poi sarebbe erronea l'estensione della scusa dello stato di necessità oltre i casi espressamente indicati, in quanto che il legislatore nella parte speciale ammette tale scusa in circostanze diverse da quelle, nelle quali si manifesta un pericolo di vita, e mostra così di voler esaurire completamente la materia senza lasciare campo ad interpretazioni estensive. Ed inoltre è da avvertire, che nei casi in cui anche per salvare sè od altri da pericoli di mali, che non minacciano la vita o la persona, si concede di poter compiere impunemente azioni, che altrimenti sarebbero illecite, la concessione

---

[1]) *Handbuch des Strafrechts*, Lipsia, pag. 770.

non riguarda già qualunque specie d'azione, che valga ad allontanare il pericolo, ma soltanto certi fatti determinati. Quindi è bensì esente da pena chi depone il falso in giudizio, quando *manifestando il vero esporrebbe inevitabilmente* (avverbio che sarebbe stato assai meglio omettere, perchè la pronuncia d'una condanna per parte dell'autorità giudiziaria, come la formazione d'una opinione sfavorevole nel pubblico non sono mai la conseguenza *inevitabile* della cognizione, che quella o questo abbia della perpetrazione d'un reato o d'una azione disonesta) sè medesimo od un prossimo congiunto a grave nocumento nella libertà o nell'onore, ma a condizione che la falsa deposizione non esponga un'altra persona a procedimento penale od a condanna (*codice penale,* art. 215).

È esente da pena chi aiuta il prossimo congiunto ad eludere le investigazioni dell'autorità od a sottrarsi alle ricerche della medesima od all'esecuzione della condanna, o sopprime od in qualsiasi modo disperde od altera le traccie o gl'indizî di un delitto, ma a condizione, che le azioni, che egli compie, non costituiscano già di per se un reato, indipendentemente dal fine di fuorviare la giustizia, al quale sono dirette (*codice penale,* art. 225).

Allorchè il fatto lesivo del diritto altrui sia commesso per salvare un bene diverso dalla vita, non si può di regola ritenerlo esente da pena. Nè perchè lo diventi basta, che l'interesse proprio, che si è voluto salvaguardare abbia un valore eguale o superiore a quello dell'interesse altrui sacrificato al proprio. L'entità maggiore o minore di un interesse esercita certamente una ben giustificata influenza sulle disposizioni legislative diretto a tutelarlo; ma se la legge riconosce i diritti dei singoli in vista del vantaggio, che da questo riconoscimento essi possono ritrarre, non proporziona per altro al vantaggio il diritto per modo, che se due interessi si trovino a conflitto, alla prevalenza constatata in linea di fatto debba corrispondere per parte del giudice una dichiarazione di legittimità. E del resto siccome l'entità dell'interesse va determinata in base ad una infinità di circostanze, fra le quali non occupano certo l'infimo posto quelle relative alle condizioni personali dell'interessato, alle sue abitudini ed alle sue tendenze la massima incertezza ed il massimo arbitrio regnerebbero nel campo del diritto, ove l'apprezzamento dei varî interessi dovesse venir fatto non in astratto dal legislatore per decidere quali fra essi meritano d'esser tutelati, e fino a qual punto lo meritino, ma in concreto dal giudice per stabilire di quali sia stato legittimo, e di quali illegittimo il sacrifizio.

Non tutti però gli interessi legittimi sono tutelati dalla legge

penale; e nessuno poi degli interessi, a cui è accordata tale tutela, viene tutelato penalmente da qualunque specie di lesione. Fra i reati sonvene molti, i quali per sussistere hanno bisogno del concorso d'una speciale intenzione, che è esclusa senz'altro dalla ricorrenza di quella di agire a scopo di salvare un proprio interesse legittimo. Come se per mancanza d'alimento io mi trovo in procinto di morire, sarebbe stoltezza preferire la morte alla salvezza ottenuta coll'impossessarmi della cosa altrui adatta a sfamarmi; così se la mia casa è invasa dalle fiamme meriterei scherno e non elogio, se preferissi di lasciarla abbruciare, anzichè correre al pozzo del vicino, abbattendo, ove occorra, i ripari, che ne impediscono l'accesso, per valermi della sua acqua, onde estinguere il fuoco.

Ogni carattere di reato esula da queste azioni, perchè il furto, il danno dato, la violazione del domicilio presuppongono nell'autore del fatto una intenzione, che io non aveva. Ma nè deve dirsi per questo, che basti aver fame per essere autorizzati a prendere le cose altrui, come se il diritto di proprietà fosse subordinato alle condizioni dello stomaco delle persone, che si trovano in prossimità delle cose, sulle quali tal diritto compete; nè che una più o meno notevole differenza nel rispettivo valore conferisca la facoltà di togliere agli altri le cose loro fornite di minor pregio, per conservare le proprie, come se il diritto di proprietà, che il ricco signore ha sul suo castello, dovesse dal legislatore essere tutelato altrimenti del diritto di proprietà spettante all'alpigiano sulla sua capanna. Chi si sfama e si disseta colla cosa altrui non ha intenzione di arricchirsi a spese del proprietario, e solo fa a meno di attenderne il consenso, perchè le sue forze illanguidite non gli permettono o di andarlo a cercare o di attenderne la venuta. Ma se il proprietario di queste cose fosse presente, e si rifiutasse a darle sia in dono, sia in vendita, chi spinto dalla fame colla forza o coll'inganno gliele togliesse commetterebbe certo un' azione ingiusta [1]), per quanto ad esentarlo da pena provveda il n. 3 dell'art. 49, qualora effettivamente risulti, che

---

[1]) Per l'opinione contraria pare, che si dichiari MORIAUD, op. cit., pag. 273, sebbene anche su questo punto apparisca assai incerto e vacillante. Fra gli argomenti, che si fanno valere per sostenere l'attitudine dello stato di necessità a conferire un vero e proprio diritto alla esecuzione degli atti idonei a sfuggire al pericolo od a sottrarre ad esso chi vi si trova esposto, e non può aiutarsi da sè, merita d'essere ricordato quello desunto dalla sconvenienza di considerare come non giusto, ma solo non punibile il fatto di chi tagliasse la fune altrui, dalla quale pende un uomo, che potrebbe essere ancora reso alla vita col taglio di essa, e giusta invece l'opposizione per parte del proprietario della fune a che essa sia

avrebbe corso pericolo di vita non valendosi di quei cibi, perchè era esclusa ogni ragionevole previsione di poterne avere altri in tempo utile. E tanto è vero, che il suo bisogno non basta ad annientare il diritto di proprietà altrui, ma solo esclude la punibilità del fatto compiuto in opposizione a tal diritto, che se il proprietario non consente a donarle, il prezzo delle cose prese in tali frangenti è dovuto non meno del prezzo di cose, che si fossero tolte al proprietario per capriccio e non per averne bisogno.

L'impunità del fatto dannoso compiuto per salvare sè od altri da un pericolo di morte non può essere giustificata altrimenti che riferendosi alla inutilità ed inopportunità delle comminazioni penali, che fossero tenute ferme contro il suo autore. L'esecuzione effettiva della pena in massima non arreca allo Stato un vantaggio diretto. È solo dalle pene pecuniarie, che lo Stato ricava un utile immediato in quanto siano soddisfatte, mentre anche la loro irrogazione sottopone lo Stato ad un pregiudizio economico, ove non essendo soddisfatte occorra procedere alla loro commutazione in una congrua restrizione della libertà personale. Se lo Stato si assoggetta all'onere abbastanza gravoso di mantenere i condannati a pene carcerarie (e la massima parte dei fatti compiuti nello stato di necessità darebbero luogo indipendentemente dal disposto del n. 3 dell'art. 49 a pene carcerarie di notevole durata) lo fa solo in vista dei vantaggi mediati ed indiretti, che dalla esecuzione di tali pene si ripromette di ritrarre. Fra essi non va trascurato, sebbene non sia certo il principale quello dell'azione psichica, che la comminazione della pena, resa seria dall'esempio dell'irrogazione effettiva di essa e della sua

---

tagliata. A termini del nostro diritto positivo sia il proprietario della fune, che ogni altra persona, cui succedesse di scorgere l'appiccato, che ancora dia *segno* di vita, dovrebbe punirsi in base al capoverso dell'art. 389, ove non s'affrettasse a procedere al taglio, potendo farlo senza esporsi a danno personale od a pericolo personale.

Il diritto di proprietà non implica la facoltà di fare delle cose proprie un uso vietato dalle leggi (art. 436 *cod. civ.*), e le leggi (intesa questa parola nel senso generico di *diritto oggettivo*) non consentono, che alcuna cosa abbia a servire ad estinguere la vita di un uomo. In questo bizzarro esempio, la cui allegazione dà prova piuttosto di sottigliezza scolastica, che non di sano criterio giuridico, autore del danno, se di danno si vuol parlare, è non chi taglia la fune, ma chi la sottrae al proprietario per farne un laccio ferale. Ed anche dato che si trattasse di un suicidio, il proprietario così pazzamente tenace nella tutela del suo diritto, dovrebbe rivolgersi contro l'autore del tentativo di suicidio o contro gli eredi del suicida, e non contro chi ha cercato di salvare, col sacrifizio di qualche centesimo, la vita di un uomo.

effettiva esecuzione, può esercitare sull'animo di chi si trovi esposto alla tentazione di delinquere. Ma quando la perpetrazione del fatto costituente reato abbia per effetto di salvare dalla morte imminente, evidentemente non si potrebbe bilanciare il motivo impellente se non contrapponendogli un motivo altrettanto forte ed energico; e quindi bisognerebbe, per non far cosa del tutto inutile, ricorrere contro coloro, che hanno il torto soltanto di essere soverchiamente affezionati alla conservazione della propria esistenza a pene più severe di quelle usate contro chi ha bisogno per viver lieto, di veder soffrire gli altri. Altro risultato più importante, sebbene dagli scrittori generalmente non apprezzato in modo conforme al valore, che nella vita pratica assume, dell'amministrazione della giustizia penale è quello di procacciare agli offesi una congrua soddisfazione, che li distolga dal procurarsela per vie illegali. Dopo una calamità, che abbia esposte alle angustie della morte parecchie persone ad un tempo, i superstiti, quando pure lo siano per avere sacrificati i loro compagni di sventura, eccitano in ognuno, non esclusi i congiunti e gli amici delle vittime, sentimenti di commiserazione e non di odio e rancore.

Sarebbe del resto contraddittorio voler dare una dimostrazione astratta della convenienza di esimere da pena le azioni compiute nello stato di necessità. Ciò che si raccomanda come conveniente, è reso tale da considerazioni e da apprezzamenti pratici, che nulla hanno d'assoluto e di generale: la loro forza si manifesta mediante la corrente, che determinano nell'opinione pubblica, la quale se non va tenuta in gran conto nella decisione delle questioni tecniche ed astruse, è sovrana estimatrice in tema di opportunità e di convenienza. Fortunatamente i casi, che danno luogo all'applicazione della teorica dello stato di necessità, non sono tanto frequenti da avere provocate molteplici manifestazioni dell'opinione del pubblico sull'argomento; ma la tendenza prevalsa nelle legislazioni moderne ad attribuire esplicitamente a questo stato l'effetto di far esimere da pena le azioni compiute sotto il suo impulso, e l'acquiescenza [1]) del pubblico di fronte a tali esplicite dichiarazioni legislative possono con-

[1]) Sebbene assai relativo sia il valore da attribuirsi ad una decisione singola, merita d'essere segnalata come sintomo di tale acquiescenza la sentenza della Corte d'Ancona, tenuta ferma dalla Cassazione con pronunzia del 16 dicembre 1898 (*Cassaz. Unica*, vol. X, col. 394), colla quale si ammetteva la diminuente dello eccesso nello stato di necessità a favore di sei individui colpevoli d'aver impedito il trasporto di ventitrè quintali di grano esistente nei magazzini d'un privato pel timore, che il loro Comune avesse a restare esposto alla carestia. Si tratta, come osservò la Cassazione, d'un giudizio di fatto; ma è appunto nell'apprezzamento

siderarsi prova sufficiente d'una corrente favorevole alla rinunzia al diritto di punire nei casi, in cui il fatto punibile si è compiuto sotto l'incubo della paura concepita per un pericolo proprio o di persona cara. Il legislatore fino a prova contraria deve presumersi ottimo interprete dell'opinione pubblica: e le innovazioni legislative in tutto ciò, che è materia d'apprezzamento, devono essere provocate non da discussioni teoriche, ma dall'espressione effettiva per parte del pubblico d'una opinione contraria a quella, che il legislatore gli ha attribuito.

§ 5.

Eccesso oltre i limiti imposti dalla legge, dall'autorità o dalla necessità.

67. Mentre chi si informa alle disposizioni della legge od agli ordini ricevuti da una autorità, alla quale era tenuto ad obbedire, e chi fa quanto è necessario a respingere da sè o da altri una violenza attuale ed ingiusta compiono azioni giuridicamente diverse da quelle compiute da chi agisce per salvare sè od altri da un pericolo indipendente dalla volontà del danneggiato dalla sua azione, analoga è la natura delle azioni compiute oltre i limiti imposti dalla legge, dall'autorità e dalla necessità sia della difesa contro una aggressione ingiusta sia della salvezza da un pericolo non originato da una aggressione. Si tratta sempre in tutti questi casi di fatti ingiusti, ed inoltre punibili, che però vanno soggetti ad una pena minore di quella ordinaria, perchè le circostanze, nelle quali sono compiuti, ne attenuano l'intrinseca gravità.

Giusta la lettera dell'art. 50 le diminuzioni di pena in esso stabilite dovrebbero applicarsi in luogo sia della esenzione da ogni pena, sia della pena normale, quando commettendosi un fatto nelle circostanze prevedute nell'art. 49 si fossero ecceduti i limiti imposti dalla legge, dall'autorità o dalla necessità. Ma evidentemente nessun eccesso può aversi, se il fatto sia propriamente compiuto nelle circostanze specificate all'art. 49; sicchè la dizione legislativa va riferita al caso, in cui tali circostanze si verifichino soltanto in parte.

---

dei fatti, che il magistrato può estrinsecare l'opinione sua in ordine al tenore delle disposizioni legislative, giacchè mentre non gli è dato di ribellarsi ad esse apertamente, gli è agevole rifiutarsi a riconoscere gli estremi della loro applicazione, quando in cuor suo le disapprovi.

La determinazione dei casi di eccesso deve quindi farsi in base a due condizioni, l'una positiva, e l'altra negativa: che si abbia la verificazione di alcuna delle circostanze indicate dall'art. 49; che le altre difettino, o non si abbia la verificazione completa di tutte. La latitudine notevole concessa al giudice nel fissare l'entità della diminuzione di pena, a cui deve procedere, gli permette poi agevolmente di tener conto della grande differenza nella rispettiva gravità, che possono presentare i varî casi tanto genericamente designati.

All'ergastolo si sostituisce la detenzione da sei a ventiquattro anni; le altre pene si riducono ad una misura non inferiore ad un sesto e non superiore alla metà, sostituita la detenzione alla reclusione e l'interdizione temporanea dai pubblici ufficî all'interdizione perpetua.

68. Perchè si verifichi il primo caso di eccesso non basta che siasi agito non per livore personale contro le vittime del reato od a scopo di lucro patrimoniale, ma per uno zelo malinteso e nella erronea opinione di difendere il principio d'autorità, o come che sia promuovere il bene sociale, ricorrendo a mezzi delittuosi.

Il nostro codice in varî articoli (153, 158, 175) fa menzione di un fine privato, il quale ove ricorra nel reato compiuto dal pubblico ufficiale, dà luogo ad un aggravamento di pena. Ma in realtà la perpetrazione dei reati ben difficilmente può avvenire a scopo di fare con essi del bene al pubblico. Non sempre sarà agevole constatare quale sia l'utilità, che il colpevole si riprometteva di conseguire per mezzo di essa, e quando non risulti una precedente inimicizia con chi ha subìti i soprusi del pubblico ufficiale, o non sia stabilito qual specie di profitto egli si riprometteεse dallo abbandonarsi ad essi, non si potrà far luogo all'aggravante, sebbene sia tanto privato il fine di chi maltratta un suo nemico, quanto quello di chi trova gusto a maltrattare uno sconosciuto, e quello di chi costringe un detenuto a confessarsi colpevole o per farsi dei meriti presso l'autorità superiore o, come ancor più di frequente avviene, per risparmiarsi la fatica di andar ricercando le traccie difficilmente afferrabili della colpevolezza, non sia meno privato di quello, di chi estorce la confessione, perchè l'arrestato è concorrente d'un suo congiunto. Quindi queste ricerche sulle intenzioni dei giudicabili possono molto facilmente condurre a sottoporli ad una diversità di trattamento affatto ingiustificata.

Ma anche facendo completa astrazione dalla questione di fatto, si deve per procedere all'applicazione dell'art. 50 esigere, che il reato trovi un principio di giustificazione in qualche disposizione della

legge, e non contentarsi della bontà dello scopo, che per mezzo di esso il suo autore si riprometteva di raggiungere.

Non è a credere che tutti i rivoluzionarî e gli anarchici siano in malafede, e che nessuno fra essi vi sia, il quale non creda sul serio di promuovere il benessere generale coi suoi attentati criminosi; ma di questa loro opinione il giurista non deve tener conto; giacchè egli è chiamato a pronunziarsi non sulla rettitudine delle intenzioni degli uomini, ma sulla legalità delle loro azioni. Ora non è davvero il caso di adottare criterî diversi, quando si tratta di procedere al giudizio di partigiani, anzichè degli avversarî delle istituzioni vigenti.

Solo si può parlare di eccesso oltre i limiti imposti dalla legge, quando il fatto compiuto differisce per la gravità e non per la qualità sua da quanto la legge consentiva di fare, o le circostanze nelle quali lo si è compiuto sono parzialmente, ma non totalmente diverse da quelle, nelle quali lo si sarebbe potuto compiere.

Non meriterebbe quindi alcuna scusa il pubblico ufficiale, che esplicasse attribuzioni, che o la legge non conferisce ad alcun ufficiale pubblico, come sarebbe quella di sopprimere un corpo di reato od esplicasse attribuzioni, che la legge non conferisce agli ufficiali della categoria, a cui egli appartiene, come se un ufficiale dell'*ordine* amministrativo si impadronisse delle lettere affidate all'amministrazione postale, od esplicasse le attribuzioni sue senza il concorso alcuna delle condizioni, alle quali la legge ne ha subordinato la esplicazione, come se un giudice istruttore ordinasse il sequestro della corrispondenza d'uno a cui carico non pendesse alcuna istruttoria, e senza intendere di iniziarla coll'ordine di sequestro, per quanto tutti costoro potessero allegare, ed eventualmente credere essi stessi, d'aver fatto bene operando in tal guisa.

69. Il secondo caso di eccesso si può verificare in due modi. O l'inferiore fa più di quanto gli è comandato, come se essendo ordinato ad un usciere di allontanare dalla sala d'udienza un disturbatore, egli dietro al rifiuto di costui ad uscire invece di limitarsi a trascinarlo o spingerlo fuori, lo prendesse a pugni od a pedate; od eseguisce un ordine, al quale non era tenuto ad obbedire, come se l'usciere avesse preso a pugni od a pedate il disturbatore dell'udienza, perchè un pretore collerico gli avesse ordinato di metterlo alla porta in tal modo.

In entrambi i casi propriamente si ha un eccesso oltre i limiti imposti dall'autorità; ma la locuzione di autorità viene ad assumere un significato diverso a seconda che si tratti dell'un caso o dell'altro.

Nel primo la parola *Autorità* si riferisce all'individuo, che in sè

la impersona per effetto del grado, che occupa nella gerarchia ufficiale; nel secondo essa va presa in senso astratto e va riferita non alla persona del superiore, ma al complesso delle attribuzioni e dei poteri, che il suo ufficio gli conferiva.

Sicchè questa seconda specie di eccesso finisce coll'identificarsi coi casi di eccesso oltre i limiti imposti dalla legge, essendo la legge, intesa genericamente come complesso del diritto oggettivo, quella, che fissa il limite dei poteri di ogni singola autorità.

Per poter applicare il benefizio della scusa nel primo caso, occorrerà, che risulti aver l'inferiore o raggiunto lo scopo, al quale gli si era ordinato di tendere, sebbene si sia valso di mezzi diversi da quelli, che gli erano stati indicati, o se ne ha raggiunto uno diverso, che esso non manca di analogia con quello voluto dal superiore, come se essendo ordinato ad un agente della forza di accertarsi della identità di un individuo, egli lo trattenga in arresto. Ma quando l'inferiore esplica la sua iniziativa non soltanto nel sostituire mezzi più energici a quelli suggeritigli, o nel sorpassare la meta prefissagli, sibbene nel compiere operazioni affatto eterogenee da quelle, cui i suoi ordini si riferivano, come se l'agente incaricato di procedere ad un sequestro traduca in arresto le persone trovate al possesso delle cose, che aveva ordine di sequestrare, deve, per quanto possa avere operato a fine non intrinsecamente illecito, pagare intiera la pena della sua temerità, che sebbene siasi manifestata in occasione dell'esecuzione di un ordine, non ha con essa alcuna attinenza giuridica.

Per poter invece escludere dal benefizio della scusa nel secondo caso, si deve essere certi, che l'obbedienza all'ordine ingiusto si è prestata, perchè per conto proprio si desiderava veder compiuto quel reato, a cui l'esecuzione dell'ordine ha dato luogo. Per quanto infatti l'inferiore non fosse nel caso specifico tenuto ad obbedire, o perchè l'ordine emanava da un superiore incompetente ad emetterlo, come se un arresto intrinsecamente illegale venisse ordinato ad un carabiniere da un ufficiale di altra arma, o perchè esso non sia emanato colla osservanza delle forme alle quali ne è subordinata la validità, come se l'ordine di arresto, pure intrinsecamente illegale, d'una persona non colta in flagranza di reato fosse stato dato verbalmente da un pretore [1]), la sua obbedienza si connette sempre colla soggezione

---

[1]) *Regolamento dell'arma dei reali carabinieri,* art. 119. L'azione delle autorità giudiziarie, politiche ed amministrative verso i carabinieri reali in tutto ciò, che riflette l'impiego di questa forza pubblica per l'esecuzione delle leggi e per la

gerarchica alla quale egli si sapeva tenuto. E sebbene il codice non abbia distinto dagli altri questo caso, il giudice prudente deve saperlo distinguere, usando largamente del potere discretivo affidatogli dall'art. 50 a favore di chi ha delinquito per un esagerato ossequio al principio di autorità, e quasi per avere a seguito dell'abitudine contratta di obbedire, perduta la facoltà di valersi del criterio proprio nelle cose relative al servizio.

70. Quando chi si è difeso aveva con un fatto riprovevole [1]) precedente dato luogo all'aggressione, che ha poi respinta col ferire od uccidere quello, che voleva vendicarsi sopra di lui per questo fatto, la sua azione non viene intieramente giustificata, ma solo si ha per

---

conservazione della tranquillità pubblica, non può esercitarsi altrimenti che in forma di richiesta. — Art. 120. Le richieste di qualunque sorta devono sempre essere fatte per iscritto.

[1]) Con sentenza 21 novembre 1900 (*Cassaz. Unica,* vol. XII, col. 746) la Cassazione decise, che esso potrebbe anche consistere in una violenza personale, contro la quale chi alla violenza era fatto segno abbia reagito in modo esorbitante. E l'opinione, sulla quale tale decisione si basa, pare approvata dal CARRARA (*Programma,* Parte generale, Lucca, 1871, pag. 191 e seg.). Ma perchè si possa dire, che taluno abbia ecceduto nel difendersi da una violenza personale bisogna anzitutto, che egli abbia inferto all'aggressore un male sproporzionato al bisogno della difesa, e siccome questo male deve essersi estrinsecato in una lesione personale, sarà per lo più ben difficile, che la grave ferita riportata dall'aggressore gli permetta di continuare la lotta. Che se il male non fosse ancora stato inferto, ma venisse solo minacciato, come se chi è aggredito da un uomo armato di bastone, estraesse per valersene contro l'aggressore una pistola, io non so come si potrebbe seriamente sostenere, che l'aggressore venga in quel momento ad acquistare il diritto di persistere nella lotta temerariamente iniziata, supplendo colla prontezza nel colpire alla inferiorità dei mezzi di cui è provvisto. E se si volesse riferirsi al caso, in cui l'aggressore già è stato sopraffatto, e pur l'aggredito continua a percuoterlo, a me pare, che basti il fatto dell'aver egli potuto nuovamente percuotere a sua volta l'aggredito per dimostrare, come bene faceva costui a continuare a colpire, mentre la momentanea superiorità acquistata gliene forniva il mezzo, onde sfuggire al pericolo di nuove e maggiori violenze per parte dell'aggressore, appena egli ancora integro di forze fosse riescito a pareggiare le condizioni della lotta. All'aggredito si può rimproverare l'eccesso di difesa solo quando egli abbia continuato ad offendere l'aggressore dopo averlo ridotto alla impotenza: risultato che si può ottenere anche indipendentemente dall'inferimento di lesioni produttive di una impossibilità fisica di ripigliare la lotta, in quanto tale impossibilità si produca altrimenti, come potrebbe avvenire per essere nel frattempo accorse persone capaci di trattenere quel forsennato e disposte a farlo. Ma pretendere, che ogni qualvolta l'aggredito sia riescito a disarmare l'aggressore o ad atterrarlo, debba considerarsi come esaurito l'esercizio del suo diritto, e che se egli invece di lasciarlo libero, affinchè dia di piglio ad un sasso e gli rompa la testa, continua ad adoperarsi per mantenere la superiorità di forze acquistata,

scusata, e la si qualifica un eccesso di difesa [1]). Veramente solo chi attenta all'incolumità od alla libertà personale altrui perde il diritto di difendersi, perchè solo egli fa nascere nell'aggredito il diritto di ricorrere contro di lui alla violenza. Chi commette un fatto sia

---

conferisca all'aggressore il diritto di difendersi, implica la pretesa di regolare i casi della vita pratica in base a formule scolastiche, prescindendo dalla osservazione diretta delle specialità che presentano. A chi ha posto altri nella necessità di difendersi non può mai accordarsi la scusa derivante dalla necessità, in cui a sua volta è venuto a trovarsi o di lasciarsi colpire o di persistere nella lotta, essendosi egli volontariamente esposto a tale alternativa.

[1]) Nella sua monografia sui delitti contro la persona inserita nel *Completo trattato di diritto penale,* compilato da COGLIOLO, Milano, 1896, vol. II, parte II, pag. 193 e seg., il prof. IMPALLOMENI opinava, che in questi casi anzichè di eccesso di difesa dovesse parlarsi di esercizio del diritto di difesa, salvo a punire l'agente in base agli art. 371 e 375 cod. pen., perchè la morte o la lesione avutesi a deplorare in persona dell'offeso da lui dovevano considerarsi quali conseguenze della imprudenza sua nel provocare l'ira altrui, o della inosservanza delle discipline, che impongono di rispettare l'altrui proprietà e l'altrui onore. Nell'opera posteriore *L'omicidio nel diritto penale,* Torino, 1899, pag. 488, dichiara di non essere ancora disposto ad abbandonare tale opinione. Anche il CARMIGNANI (*Teoria delle leggi della sicurezza sociale,* Pisa, 1831, vol. II, pag. 268) voleva, ma egli lo voleva rispetto a tutti indistintamente i casi di eccesso, che il fatto compiuto oltre i limiti imposti dalla necessità di difendersi avesse ad imputarsi *colle regole della colpa e non con quelle del dolo,* perchè vi ha rispetto ad esso *un punto di partenza che rende lecito l'atto, e un punto di arrivo che lo fa illecito.* E dato che con una tale argomentazione si riesca a sottrarre alla pena fissata contro gli omicidi chi ha ucciso per salvarsi dal furore del proprietario, che lo ha sorpreso in flagranza di furto sotto l'impero d'una legislazione, che non preveda l'ipotesi dell'eccesso di difesa, va lodato chi la propone. Per altro essa è tutt'altro che esatta, ed il giurista quando gli si sottopone una serie di fatti, che si inizia con un atto lecito e conduce ad un risultato illecito, deve essere in grado di indicare il punto, nel quale l'esplicazione dell'attività umana ha cessato dall'esser lecita, ed a quello riferire l'imputazione. In realtà poi nel caso d'eccesso, del quale qui si discorre, si ha invece fin da principio un fatto illecito, e la disputa cade sulla opportunità di collegare a questo fatto il risultato finale, che isolatamente considerato sembrerebbe lecito, concretandosi nella uccisione di chi voleva sottoporre l'uccisore a violenze, a cui egli non era tenuto a sottostare.

CARRARA (*Programma,* Parte speciale, vol. V, Lucca, 1868, pag. 498) persistette per altro nell'opinione professata da CARMIGNANI, osservando, che allorchè *vi fu errore od esagerazione non facilmente scusabile sia nel temere, sia nel preferire la reazione alla fuga, sia nello scegliere il modo di reazione; oppure vi fu imprudenza nel dar causa al proprio pericolo, siamo nelle condizioni dell'eccesso di difesa, imputabile sì, ma non imputabile mai oltre la ragione della colpa.* E ciò perchè *se il dolo è la intensione di fare un atto che si conosce contrario alla legge, la definizione stessa del dolo lo rende inapplicabile alla esatta nozione dello eccesso di difesa, per virtù di assoluta contradizione.* A me non pare, che questa sua osservazione riesca esatta rispetto ad alcuno dei casi, a cui essa si riferisce: ciò per altro riesce più mani-

pure ingiusto, ma che non implica un pericolo per l'altrui incolumità personale, non ingenera in quello, a cui danno questo fatto ridonda, la facoltà di offenderlo nella persona, per impedirgli di compierlo, e quindi, ove costui cerchi di far ciò, non perde il diritto di difendersi. Però se il marito ed il proprietario non hanno il diritto d'uccidere l'adultero ed il ladro, hanno almeno quello di

---

festo in confronto dell'ultimo. Chi per imprudenza propria si espose al pericolo, dal quale poi si è salvato offendendo un altro, può per circostanze eventuali ignorare di agire illegittimamente nel momento, in cui procede all'offesa, ma bisognerebbe, che questa ignoranza si verificasse sempre, ed in dipendenza della sua imprudenza anteriore, la quale valesse a metterlo nella impossibilità di apprezzare esattamente le proprie azioni ulteriori, per potersi dire, che il risultato della uccisione o del ferimento, a cui è giunto, si è da lui prodotto senza che sapesse di non essere autorizzato ad uccidere o ferire. Circa agli altri casi va rilevato, come il CARRARA avrebbe dovuto non limitarsi a dichiarare inapplicabile ad essi la nozione del *dolo*, procedendo a dimostrare l'applicabilità di quella della *colpa*, per giustificare la sua affermazione. Invece chi eccede nel timore, o si difende senza che di difesa vi sia la necessità, o sceglie metodi di difesa esorbitanti, se può anch'egli per circostanze eventuali ignorare di agire illegittimamente, come di essere per produrre quella conseguenza dell'uccisione o del ferimento, di chi gli incute timore, che si tratta di imputargli, di consueto saprà benissimo, che percuotendo un uomo gli si fa del male. L'adesione a siffatte opinioni sotto l'impero del nostro codice condurrebbe a dichiarare applicabile al ladro ed all'adultero uccisori del proprietario e del marito la detenzione da tre mesi a cinque anni e la multa da lire cento a tre mila (art. 371) in luogo della detenzione da tre anni a cinque anni e mezzo (art. 364, 50). E per arrivare a questo non confortante risultato bisognerebbe apprezzare il fatto astraendo dalla considerazione dello stato d'animo del suo autore nel momento della esecuzione di esso, e riferendosi a quello, in cui poteva versare in momenti anteriori. Chi ruba certo compie un'azione illecita, e se ad esempio nell'aggirarsi di notte in un appartamento deserto il ladro suscita un incendio, io non esiterei punto a dichiararlo incorso nelle pene stabilite dall'art. 311 indipendentemente da qualunque prova relativa alla maggiore o minore trascuratezza, colla quale ha provveduto a fornirsi di luce; ma ciò non esclude, che gli vada invece applicato l'art. 300, se il fuoco è da lui stato appiccato non per avere inavvertitamente avvicinata la candela ad una tenda, o per avere buttato un fiammifero non bene spento sopra materie infiammabili da lui non osservate, sibbene di proposito. Senonchè la pena portata dall'art. 300 va diminuita in base all'art. 50, se egli avesse suscitato l'incendio, perchè sorpreso dai padroni era stato minacciato di morte, e solo nella confusione prodotta dal divampare delle fiamme egli poteva sperare di trovar scampo al loro furore.

È meno facile, ma pure è possibile, che la perpetrazione di un furto o di un adulterio abbia per risultato la morte del padrone, del marito o di un'altra persona indipendentemente dalla esecuzione di un fatto per parte del ladro e dell'adultero non diretto ad offendere: ed è a questi casi, che va riservata l'applicazione dell'art. 371.

espellerlo dalla loro abitazione, ed in genere chiunque vede, che si sta commettendo a suo pregiudizio un fatto ingiusto ha il diritto di adoperarsi anche coll'uso della forza, purchè questa esplicazione di forza non tenda all'uccisione od al ferimento dell'autore del fatto, affinchè tale fatto non si compia. Nella pratica non può quindi non essere assai malagevole stabilire il punto preciso, in cui la reazione di costoro assume il carattere di ingiustizia, non potendosi affermare senz'altro, che esso si manifesti in conseguenza di qualunque lesione anche lievissima inferta a chi aveva intrapresa l'esecuzione del progetto criminoso. Il diritto di cacciare da casa mia chi vi si è arbitrariamente introdotto diventerebbe illusorio, se io dovessi aspettarmi di vedermi punito qualora nello esercitarlo producessi una qualche contusione all'insolente, che si è rifiutato ad obbedire alle mie intimazioni, e mi ha costretto ad afferrarlo per le braccia e spingerlo fuori a forza, per liberarmi della sua importuna presenza. Ora questa incertezza non può a meno di riverberarsi per contrapposto nel giudizio intorno alla condotta tenuta dall'autore dell'impresa criminosa.

Egli conservava il diritto di non lasciarsi uccidere o ferire gravemente, ma non quello di opporsi a che gli venisse inferta la quantità di male indispensabile, per impedirgli di condurre a termine la sua impresa, o di sottrarsi colla fuga all'arresto, a cui chiunque è autorizzato di fronte a chi sia colto in flagrante, quando il reato dia luogo all'applicazione d'una pena restrittiva della libertà personale superiore ai tre mesi (*codice di procedura penale,* art. 65). Tale stato di incertezza deve risolversi a favore di colui, che era minacciato dal reato, occorrendo perchè egli sia punito, che risulti positivamente, come il male da lui inferto al delinquente fosse sproporzionato allo scopo lecito di rendergli materialmente impossibile la prosecuzione dei suoi atti criminosi, e deve invece risolversi a pregiudizio dell'autore del reato, al quale conviene concedere soltanto la scusa dell'eccesso di difesa; non potendosi escludere affatto, nè ammettere intieramente, che si abbia un caso di legittima difesa nella uccisione o nella lesione da lui inferta, per sottrarsi ai suoi colpi, a quello, a cui danno stava commettendo un reato.

Un altro caso di eccesso di difesa dipendente dal difetto di alcuna delle condizioni, dalle quali la legge fa dipendere la dichiarazione di legittimità della reazione opposta a chi ci attacca, si verifica, quando il fatto sia compiuto, per respingere gli autori di scalata, rottura od incendio ad un edifizio, che non serva come abitazione, nè costituisca una appartenenza di una abitazione, o quando si tratti bensì d'un edifizio adibito ad abitazione, ma il fatto sia avvenuto

di giorno in luogo non isolato, senza che vi fosse fondato timore per la sicurezza personale di chi si trovava nell'edifizio.

Se il fatto sia compiuto per impedire un reato o per difendere un bene diversi da quelli tassativamente indicati dagli art. 49 e 376, esso non può in vista di questo scopo venire neppure parzialmente scusato, salvo a vedere, se al colpevole siano applicabili altre diminuzioni di pena fondate sopra una eventuale diminuzione di gravità, che si risolve in una imputabilità minore, presentata dal fatto, per essere stato compiuto a seguito di turbamento prodotto nell'animo dell'autore di esso dall'ira o dal dolore risentito, vedendo in pericolo le cose sue, il suo onore ed in genere diritti diversi da quello alla integrità della persona.

Ma l'eccesso di difesa nel senso letteralmente proprio della parola si ha quando il male inferto all'aggressore è sproporzionato alle esigenze della difesa.

Ciò può dipendere o da una opinione esagerata del pericolo, che si correva, o da un erroneo apprezzamento delle conseguenze delle azioni dirette alla propria difesa [1]), o dal risentimento eccitato nell'animo dell'aggredito dalla patita aggressione.

Mentre così il codice austriaco (§ 2 lett. *g*), come quello germanico (§ 53) dispongono, che se siansi ecceduti i limiti della difesa per sbigottimento, timore o spavento, non debbasi incorrere in pena alcuna, il nostro codice non ammette un eccesso di difesa assolutamente impunito. Nel progetto ministeriale (art. 50 capov. ult.) si riproduceva la disposizione che hanno i codici ora ricordati, ma per essersi trattato in un solo articolo dei fatti commessi nello stato di necessità e di quelli commessi per difendersi, si estendeva a quelli la dirimente derivante dal turbamento d'animo prodotto dal timore, senza badare se esso era stato causato dall'aggressione o dalla cala-

---

[1]) Se questo errore conduce ad offendere persone diverse dall'aggressore, il colpevole di eccesso sarà giudicato in base agli art. 52 e 50, ma per dichiararlo colpevole occorre convincersi, che per provvedere alla sua difesa egli non aveva bisogno di ricorrere all'azione, che è poi riuscita nociva ad altri. Se lo conduce ad infliggere all'aggressore un male superiore a quello, che voleva inferirgli e che bastava alla sua difesa, si avrà il caso normale dell'eccesso. Se lo conduce a fargli del male, mentre non voleva fargliene, o non occorreva di fargliene per difendersi, lo si dovrà giudicare in base agli art. 371 o 375 combinati coll'art. 50, come viene in seguito più diffusamente dichiarato. Ad enunciare una opinione contraria a pag. 417 del mio *Manuale di diritto penale,* Milano, 1900 mi aveva condotto l'accettazione della dottrina del CARRARA sulla imputazione dell'eccesso in ragione di colpa, della quale si discorre alla nota precedente.

mità indipendente dal volere di chi veniva offeso dal fatto: cosa certo eccessiva, e che parve tale alla Commissione di revisione, la quale propose [1]) la soppressione del capoverso, che l'ammetteva. Questa proposta venne accolta, ma è da rilevare, come il Guardasigilli adducesse a spiegare la soppressione una ragione tutta diversa da quella allegata dalla Commissione. Egli disse [2]) d'aver aderito alla proposta di sopprimere tale capoverso, perchè sebbene la disposizione in esso contenuta fosse informata ad un concetto giusto, sarebbe però stata superflua, avendo le scuse un carattere essenzialmente soggettivo, e quindi essendo dipendenti dallo stato d'animo dell'agente. Con ciò si viene a dire, che chi per la gran paura, che ha, uccide senza necessità il suo aggressore, non commette un eccesso di difesa e si ritorna al sistema antico, che nei fatti compiuti per difendersi non vedeva azioni legittime, ma azioni compiute in uno stato d'animo esclusivo della imputabilità, e finiva coll'imporre, quale ultima conseguenza logica sua, l'ammissione della scriminante desunta dalla forza irresistibile.

Se si adotta l'opinione del Ministro si rinnega quindi la giusta nozione della legittima difesa, e si ritorna a far dipendere l'imputazione penale dalla presupposizione della facoltà concreta di dominare le proprie passioni, e ad attribuire al perturbamento prodotto nell'animo umano dalle passioni gli effetti giuridici proprî delle alterazioni patologiche delle facoltà psichiche. Se si segue quella della Commissione si devono punire atti compiuti sotto l'impressione d'uno spavento provocato da quello, che ne ha poi risentite le funeste conseguenze, e che quindi dovrebbero considerarsi come oggettivamente non imputabili, in quanto non sono di per sè atti a produrre una perturbazione dell'ordine giuridico, che legittimi l'esplicazione del magistero penale.

Comunque si voglia risolvere la questione nel campo del diritto positivo (e la soluzione preferibile è certo quella della punibilità dell'eccesso, non dovendosi alle opinioni espresse, altrimenti che mediante le formole convertitesi poi in legge dagli autori dei progetti di legge deferire se non in quanto si tratti di determinare il senso di espressioni ambigue da essi adoperate [3]), razionalmente non v'ha dubbio, che si ha un eccesso di difesa ogni qual volta l'aggredito

---

[1]) *Verbali della Commissione allegati alla relazione ministeriale per l'approvazione del codice,* n. XII, pag. 163 e seg. dell'ed. stampata a Roma, 1889.

[2]) *Relazione ministeriale per l'approvazione del testo del codice penale,* n. XXIX.

[3]) SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts,* Berlino, 1840, vol. I, pagina 224.

infligge al suo aggressore un male, che non era richiesto dalla necessità di difendersi, perchè egli, ove non avesse perduto il senno per lo spavento, avrebbe potuto respingere egualmente l'aggressore o senza fargli del male, od inferendogli un male minore di quello, che gli ha inflitto.

Mentre quando l'eccesso di difesa si sia verificato nella reazione opposta ad una violenza attuale ed ingiusta si fa luogo alle diminuzioni di pena stabilite dall'art. 50, e già ricordate a proposito dell'eccesso oltre i limiti imposti dalla legge o dall'autorità, al colpevole di eccesso nel difendere i proprî beni contro gli autori di una rapina, di una estorsione, di un ricatto o dal saccheggio, o nel respingere gli autori di scalata, una rottura od incendio ad un edifizio si applica la pena stabilita per il reato commesso diminuita da un terzo alla metà e sostituita la detenzione alla reclusione (art. 376 capov.). Ove fra l'autore di uno di questi reati ed il colpevole di eccesso nel difendere da esso i proprî beni o nel respingerlo passasse il rapporto di parentela in linea retta, ed il responsabile dell'eccesso avesse agito con conoscenza di questa circostanza e valendosi consciamente di mezzi, che non potevano a meno di produrre la morte dall'ascendente o del discendente, che aggrediva i suoi beni, o comunque manifestando altrimenti l'intenzione di ucciderlo ed uccidendolo di fatto, alla pena dell' ergastolo va sostituita la detenzione da dieci a venti anni [1]) (art. 51 capov.).

Le offese inferte difendendosi ben difficilmente possono essere state cagionate da una azione compiuta per produrre un risultato diverso da esse, ed intorno alla cui imputabilità si abbia eventualmente a disputare sotto il punto di vista dell'imprudenza sua. Solo metodi di difesa, ai quali normalmente nessuno ricorre, possono render verificabile siffatta ipotesi, la quale presuppone, che si esplichi una difesa, che secondo l' opinione di chi ad essa procede dovrebbe riescire innocua, come se si scaricasse sull'aggressore una corrente elettrica, che si ritiene appena sufficiente a paralizzarne i movimenti, mentre risulta così potente da fulminarlo, od offendere l'aggressore in un bene diverso da quello, che riesce poi effettiva-

[1]) L'art. 376 non ha preveduta espressamente questa ipotesi, che d'altronde è a sperare non abbia ad essere destinata a verificarsi nella pratica. Prescindendo da essa l'omicidio commesso nelle condizioni previste da detto articolo non potrebbe mai dar luogo, indipendentemente dal suo disposto, all'applicazione della pena dell'ergastolo; e quando essa si verificasse soccorre il disposto dell' articolo citato nel testo, non potendosi esitare a riscontrare una grave provocazione in ognuno dei reati menzionati nell'art. 376.

mente offeso, come se avvincendolo con un laccio, per impedirgli di muoversi, lo si soffochi. A chi cerca di sottrarre sè od altri da un pericolo nato altrimenti che mediante una aggressione molto facilmente invece può accadere, che mentre preoccupato solo della salvezza propria od altrui agisce con quella precipitazione, che è consona all'urgenza del caso, venga a produrre danni, che non avrebbe voluto produrre, ed alla cui possibilità non ha neppure pensato. Anche dato che risulti come si sarebbe potuto evitare egualmente il pericolo agendo con maggior pacatezza ed in modo da non offendere alcuno, non si deve però ritenere senz'altro applicabile al fatto di costui il disposto dell'art. 50 e dichiararlo responsabile di eccesso oltre i limiti imposti dallo stato di necessità.

La concessione della scusa dell'eccesso tien dietro soltanto alla imputazione del fatto compiuto sotto l'impulso della necessità. Ora a chi ha cagionato un danno, che non voleva cagionare, questo danno non si imputa, sebbene lo si possa far penalmente rispondere di esso, in quanto sia imputabile, come intrinsecamente ingiusta a causa della sua imprudenza, l'azione, che lo ha prodotto. Ed è ben difficile, che si possa addebitare d'imprudenza e di negligenza colui, che agiva sotto l'impeto della paura, non potendo la prudenza e la diligenza esplicarsi se non in quanto si abbia agio e modo di riflettere sulle conseguenze delle proprie azioni. Comunque dato, che sia il caso di far luogo all'imputazione dell'azione produttiva del danno, il che potrebbe meno difficilmente succedere in quanto la si imputasse come contraria a regolamenti, che si era tenuti ad osservare, le diminuenti di pena stabilite dall'art. 50 dovrebbero calcolarsi sulla pena incorsa pel reato effettivamente commesso, che consiste nell'avere prodotto quell'uccisione o quel ferimento o quel qualunque altro disastro, che si è avuto a deplorare, per imprudenza e non già volontariamente.

Chi spingendo a corsa sfrenata un cavallo, per far accorrere il medico presso un ferito, investe un uomo e lo uccide, non deve infatti sottostare ad una pena maggiore di quella, nella quale incorre chi galoppava per suo capriccio, per quanto risulti che l'abitazione del medico era così prossima da non essere praticamente apprezzabile il risparmio di tempo, che si otteneva con una andatura tanto veloce, e che le condizioni del ferito non erano tali, che qualche secondo di ritardo nello apprestargli i soccorsi dell'arte medica potesse riescire esiziale per lui. Si dovrà invece mandarlo prosciolto da ogni pena dato, che egli corresse sopra una via od un campo privato, e l'investimento abbia avuto luogo per una casualità non dipendente da imperizia o trascuratezza sua; e dato pure che si debba punirlo, le

diminuzioni di pena stabilite dall'art. 50 andranno riferite all'alinea dell'art. 371 e non già a quello del 368.

Il giudizio relativo alla ricorrenza dell'eccesso deve pertanto riferirsi non alla considerazione dei danni di fatto cagionati dall'agente, ma a quella dell'azione da lui compiuta. Bisogna chiedersi, se le circostanze erano tali da legittimare o no l'esecuzione di questa, e non se i danni, che poscia da essa derivarono indipendentemente dalla volontà di chi la compieva, dovessero inevitabilmente prodursi per sfuggire al pericolo. Tale eccesso può poi rinvenirsi sia nella qualità stessa dell'azione, in quanto il pericolo avrebbe potuto evitarsi anche astenendosi affatto da essa, sia nella sua entità, in quanto il pericolo si sarebbe potuto evitare agendo con minore energia. Si tratta sempre del resto di apprezzamenti di fatto, che non possono essere agevolati nè da suddivisioni teoriche fra i varî casi contingibili, nè dal ricorso a formole astratte, ma devono venir istituiti tenendo gran conto e della opinione del pubblico, che per la notorietà, compagna pressochè inseparabile di tali fatti, ha molteplici modi di manifestarsi, e delle decisioni proferite in casi analoghi.

§ 6.

Provocazione.

71. Il legislatore italiano, uniformandosi agli insegnamenti dati su questo tema dal Carrara [1]), ha annoverato l'impeto d'ira o d'intenso dolore determinato da ingiusta provocazione fra le cause generali di diminuzione dell'imputabilità [2]).

Con ciò si viene a manifestare l'opinione, che le azioni compiute sotto l'impulso dell'ira o del dolore abbiano per gli effetti giuridici a considerarsi come meno libere, ossia meno spontanee, di quelle compiute mentre l'animo non era agitato da alcuna passione. Ma in realtà una tale opinione presuppone che della libertà della volontà umana il giurista abbia a formarsi un concetto metafisico, come di

---

[1]) *Programma,* Parte generale, Lucca, 1871, pag. 201 e seg.; in senso contrario v. PESSINA, *Elementi di diritto penale,* Napoli, 1882, vol. I, pag. 232 e seg.

[2]) Nella parte speciale alla provocazione si dà il valore di scriminante dall'art. 237. Il capoverso dell'art. 397 dà il valore di scriminante alla provocazione esplicatasi mediante violenze personali. Finalmente il disposto degli art. 192 e 199 può condurre alla scriminazione od alla impunità per difetto di querela o per compensazione, se i fatti da tali articoli previsti siano commessi a seguito di provocazione.

facoltà, che si esplichi non coartata da motivi determinati. Ove invece la responsabilità penale si fondi, come deve essere fondata, sul concetto, che le azioni umane sono volontarie in quanto dipendano dall'influenza esercitata sul resto dell'organismo dai centri nervosi non alterati da una malattia, e giunti ad un grado di sviluppo sufficiente, per rendere possibile l'esercizio del potere inibitore, che l'uomo normale contrappone agli impulsi dei sensi, l'apprezzamento delle perturbazioni, che l'infuriare delle passioni può produrre sulla funzione volitiva dovrà ritenersi di competenza esclusiva della morale e della psicologia, e non potrà sviluppare influenza alcuna sulla determinazione del grado dell'imputabilità dell'agente.

D'altronde se la forza delle passioni dovesse davvero considerarsi come una causa di diminuzione della responsabilità, non vi sarebbe ragione per limitarsi a riconoscerle questo effetto nei casi, in cui si tratta della passione dell'ira o della perturbazione dipendente dal dolore e di subordinarlo ancora alla condizione, che ira e dolore siano stati determinati da una ingiusta provocazione. Colui che a torto si sdegna e colui che a torto si duole non sono perciò da considerarsi come meno sordi di chi ha giusto motivo di sdegnarsi e di dolersi, alla voce della ragione, che consiglia la calma e la pazienza. Nè la sua voce è meno facilmente sopraffatta dalla lussuria o dalla cupidigia di quanto lo sia dal furore suscitato dall'ira o dal dolore. Le aberrazioni, alle quali colla sinistramente nota teoria della forza irresistibile i giurati son stati trascinati talora da difensori curanti dell'interesse dell'accusato più di quanto comporterebbe il dovere, che anche i difensori alla pari degli altri uomini hanno di non cercare di ottenebrare la verità e di far prevalere l'ingiustizia, dovrebbero, volendo essere logici, venire approvate, ove si ritenga, che la commozione dell'animo influisca sulla imputabilità.

La diminuzione di pena, a cui è giusto far luogo, quando il reato sia commesso a danno di chi aveva incominciato ad offendere altri, ed ha finito coll'assumere la qualità di offeso solo perchè gli è mancata l'energia o la forza necessaria, per continuare a sostenere la parte d'offensore, non deve essere motivata dalla considerazione dello stato d'animo di chi reagisce di fronte alla ingiusta offesa, ma dall'apprezzamento della condizione giuridica del provocatore, la quale fa sì, che la legge debba tutelarlo con minore energia di quella, che è doveroso spiegare a favore di chi non ha colla ingiustizia del suo procedere attirato sopra sè stesso il danno, pel quale muove doglianza. Si tratta non di un affievolimento della imputabilità dell'agente, ma di una diminuzione della imputabilità dell'azione.

Questa diminuzione non si verifica però se non rispetto a taluni reati, perchè solo rispetto a taluni beni può una ingiusta condotta del loro titolare affievolire la tutela, colla quale la legge penale tende ad assicurarne il pacifico godimento. Chi ingiuria, chi percuote, chi seduce la moglie altrui non potrà pretendere di veder tutelato il proprio decoro, l'integrità della propria persona, la propria libertà personale alla pari del decoro, dell'integrità e della libertà personale delle persone pacifiche ed inoffensive. Ma l' opinione di chi volesse estendere a tutti indistintamente i suoi diritti questa diminuzione di tutela, che si rispecchia in una diminuzione di pena per chi abbia offesi i beni ad essi corrispondenti, urterebbe direttamente contro la comune coscienza giuridica, e mancherebbe quindi di qualsiasi base. Imperocchè il diritto, come più volte già si è osservato, non è costituito da elucubrazioni filosofiche escogitate da solitarî pensatori, ma nasce dal consenso del popolo nel fissare quelle norme di vita, che sembrano le più conformi alle esigenze della coesistenza di molti uomini, i quali precisamente dall'identità delle loro aspirazioni e dei loro bisogni sono troppo spesso trascinati ad offendersi l'un l'altro. Per l'interprete la legge è la manifestazione di questo consenso. Tuttavia l'ufficio del giurista non si compendia nella interpretazione della legge. Egli non deve pretendere di sostituire la volontà propria alla volontà delle persone investite del potere legislativo, ma è chiamato dal suo ufficio così a porre in evidenza i risultati, a cui l'attuazione di questa volontà conduce, onde provocare la manifestazione di una volontà diversa qualora il legislatore a tali risultati non volesse giungere, e si fosse inconsciamente esposto a provocarli; come a ricercare la genesi di ogni singola manifestazione della volontà legislativa, per porre in chiaro se le innovazioni con essa apportate al diritto anteriore dipendano da una trasformazione verificatasi nei rapporti, che si tratta di regolare, o da un cambiamento d'opinione nell'apprezzamento di questi rapporti. E quando l'opinione prevalsa nè armonizzi coi principî, ai quali è informato il complesso della legislazione, nè sia stata accolta in vista dell'opposizione sollevata dall'opinione contraria o degli inconvenienti, a cui la sua applicazione dava luogo, ma risulti accettata unicamente perchè veniva professata da uno scrittore, pel quale avevano ossequio i preparatori della legge, allora è lecito al giurista di sostenere, che se non si deve ad ogni modo ribellarsi ad essa, e convien rispettarla fino a che non le sia venuta meno la sanzione legislativa, non bisogna per altro credere, che l'aver avuta tale sanzione abbia potuto bastare a farla diventare logicamente corretta. Chi considera il diritto quale una produzione organica della coscienza

popolare, non si assoggetta con ciò a dover in ogni singola legge ed in ogni singola sentenza riconoscere la legittima estrinsecazione di tale coscienza: vuol sostenere soltanto, che per far buone leggi conviene cercar di arrivare a conoscere osservando il modo, in cui si sono applicate le leggi anteriori, fino a qual punto esse corrispondessero alle aspirazioni generali, e che comunque venga esercitato il potere legislativo, le convinzioni di fatto esistenti nella popolazione finiscono collo estrinsecarsi nell'applicazione pratica del diritto. Il che però non implica, che ogni imperfezione legislativa abbia automaticamente a correggersi per opera della giurisprudenza, nè che occorra per dichiarare imperfetta una legge attendere, che i magistrati si mostrino riluttanti ad applicarla, e si sforzino di sostituire alla volontà manifestata dal legislatore la volontà propria.

Tanto poco corrisponde all'opinione comune la concessione d'una scusa al servo, che essendo vilipeso o percosso dal padrone per vendicarsi della ingiusta provocazione ne svaligia la casa, od al marito che per sfogare il giusto dolore risentito per l'onta subìta, si vendichi dell'adultero col farlo ingiustamente condannare quale ladro, che nella pratica manca l'occasione, perchè tale opinione abbia a manifestarsi con arbitrarie limitazioni della generica disposizione dell'art. 51, in quanto che o nessuno elegge siffatte vie per esercitare le proprie vendette, o se le ha elette osa invocare, come per la lettera della legge potrebbe fare, la scusa della provocazione. Ma ciò non toglie, che si debbano rilevare gli inconvenienti a cui questo articolo potrebbe dar luogo, mentre esso potrebbe persino condurre a riconoscere nel magistrato il dovere di sottoporre al sindacato proprio la condotta del sovrano, qualora taluno allegasse d'avere perpetrato alcuno dei fatti previsti all'art. 117 a seguito di ingiusta provocazione. E pur riconoscendo che pel nostro diritto positivo si tratta d'una scusa di carattere generale, si deve riservare alla parte speciale [1]) la sua trattazione scientifica, perchè è solo riferendosi alla natura del reato commesso, che si può decidere, se l'attenuazione

---

[1]) La commissione speciale del Senato nelle osservazioni fatte intorno al progetto del codice penale (v. la sua relazione, parte I, capo 3, § 1, n III, a pag. 71 dell'ed. stampata a Torino 1888) aveva espresso il parere, che l'impeto d'ira o d'intenso dolore non potesse considerarsi come causa di diminuzione dell'imputabilità rispetto a tutti i reati, ma dovesse essere riguardato come circostanza scusante solo rispetto ad alcuni, e quindi proponeva appunto, che se ne trattasse nella parte speciale del codice.

Il senatore Vigliani propugnò per iscritto innanzi alla commissione di revisione (*Verbali della commissione*, n. XII, pag. 167 dell'ed. pubblicata a Roma,

della sua gravità in dipendenza della provocazione, che lo ha preceduto, corrisponda o no ai principî informatori del nostro sistema penale ed alle nostre tradizioni giuridiche.

§ 7.

Circostanze attenuanti generiche.

72. Il successivo perfezionamento dei codici può bensì trasformare in cause di attenuazione, di cui il legislatore specificatamente determina il valore, talune circostanze, che prima erano intieramente rimesse alla libera valutazione del giudice, come è accaduto rispetto all'effetto del risarcimento del danno in tema di reati contro la proprietà (*codice penale,* art. 432); può condurre a togliere dal novero delle circostanze scusanti taluni fatti, che meno esattamente vi si comprendevano, come è avvenuto rispetto alla carcerazione sofferta prima della condanna (*codice penale,* art. 40); ma non potrà mai permettere di prevedere distintamente tutte le circostanze, che possono in un determinato caso consigliare ad infliggere una pena minore di quella ordinaria.

Fra le circostanze speciali, che possono precedere, accompagnare o seguire [1]) la perpetrazione del reato ve ne sono infatti parecchie, che possono bensì essere indizio d'una minore fermezza di proposito e genericamente d'una colpevolezza minore, la quale rende meno grave nella sua entità giuridica il fatto compiuto, ma non hanno però una natura tale, da potersi senz'altro dall'accertamento della

---

1889) questa opinione, ma essa non ebbe la prevalenza. Forse contribuì a farla respingere la circostanza che la commissione del Senato estendeva la sua proposta anche alle disposizioni contenute nell'art. 49, le quali veramente trovano nella parte generale la loro propria sede.

[1]) Secondo il CARRARA (*Programma,* Parte generale, pag. 139, 494 e seg., Lucca, 1871) quando un fatto venga posto in essere dopo la perpetrazione del reato non si dovrebbe mai considerarlo come influente sulla entità di esso, per quanto possa esser capace di attenuare la responsabilità del suo autore. Ma in realtà anche da un fatto posteriore al reato si può argomentare così il grado di perversità maggiore o minore, a cui era giunto il colpevole prima di perpetrarlo, induzione, che interesserà il moralista, come lo stato d' animo, in cui si trovava al momento della perpetrazione, induzione che rientra precisamente nella competenza del giurista. In quanto tale possibilità si verifichi, la circostanza posteriore al reato deve influire sul giudizio relativo all'imputabilità dell'azione. E del resto anche le circostanze anteriori e concomitanti non influiscono su tale giudizio se non appunto come indici dello stato d'animo del giudicabile.

loro verificazione concludere ad una diminuzione nella imputabilità del fatto, come avviene per lo stato di necessità e per l'eccesso oltre i limiti imposti dalla legge, dall'autorità o dalla necessità. Così ad esempio la confessione può talora essere segno di pentimento, altre volte manifesterà uno sfacciato cinismo: la circostanza, che anteriormente al reato, pel quale si procede al giudizio, non siansene commessi altri riesce affatto insignificante, quando si tratti di un individuo, che muove appena i primi passi nella via della vita, o di persona che invero ha già percorsa una parte abbastanza notevole della esistenza, perchè il non avere ancora delinquito possa significar qualche cosa, ma alla quale evidentemente la vita non aveva mai fino ad allora fornito incentivo od occasione di delinquere: l'essere stato il reato commesso non per preconcetto divisamento, ma a seguito di una risoluzione provocata improvvisamente dal vedere, che l'altrui negligenza offre una facile occasione di delinquere, può talora giustificare a credere ad una corruzione minore, ma altre volte impone di pensare il contrario, in quanto che ove la negligenza, di cui si profitta, sia dipesa da soverchia fiducia nel colpevole, questi, sebbene non l'abbia artificiosamente provocata, deve per abusarne essere più malvagio di colui, che ordisce il reato a danno di chi sta sulle difese.

Tuttavia se non sarebbe perciò da approvare il legislatore, che aspirasse a fare un catalogo completo delle circostanze valevoli ad attenuare l'imputabilità, e vietasse al giudice di tener conto di circostanze in esso non comprese, e di dichiararla attenuata ogni qualvolta ricorra alcuna delle circostanze da lui previste, non è neppur da approvare il sistema oramai invalso di abbandonare completamente all'arbitrio del giudice la concessione delle circostanze attenuanti, senza obbligarlo a dichiarare quali sono i fatti, che lo hanno indotto ad accordare una diminuzione di pena.

Nè si deve credere, che questa dispensa dal dovere di specificare in base a quali circostanze si reputa, che l'imputato debba essere colpito da una pena minore dell'ordinaria, sia una conseguenza inevitabile del sistema del giudizio per giurati. Esso lo è soltanto del modo, in cui il giudizio per giurati si è da noi, con una servile ed infelicissima imitazione del codice francese, organizzato. Nessuna difficoltà si oppone a che venga stabilito, che quante volte l'accusato od i suoi difensori ritengano, che esistano circostanze atte a giustificare una diminuzione di pena, formulino uno speciale quesito, che dal presidente debba essere proposto ai giurati, affinchè essi dichiarino, se siano convinti, che la circostanza allegata dalla difesa sussista, e che essa sia tale, da doverlese attribuire efficacia attenuante. Ve-

ramente questo secondo giudizio sarebbe piuttosto di spettanza della Corte, se si volesse restar fedeli al concetto, che per altro nella pratica non viene attuato se non molto imperfettamente, che i giurati abbiano a decidere le questioni di fatto ed i giudici permanenti quelle di diritto. Ma anche affidando ai giurati la risoluzione di entrambe le questioni, si avrebbe pur sempre un notevole vantaggio; poichè anzitutto si verrebbe così a ricordare loro, come l'affermazione della ricorrenza delle circostanze attenuanti debba essere l'espressione di un serio convincimento della sussistenza di esse e non l'esercizio di un diritto di grazia, mentre poi potrebbero facilmente dalle dispute fra la difesa e l'accusa e dalle osservazioni del presidente trarre sufficienti elementi per arrivare ad un retto apprezzamento del valore, da attribuirsi alle circostanze allegate a scusa dell'accusato.

Invece dovendosi attualmente procedere in ogni caso alla deliberazione sul concorso delle circostanze attenuanti, e non essendo questa preceduta da una discussione avvenuta in proposito fra le parti, *il* giurato vien quasi ad essere dal legislatore stesso tratto in inganno intorno alla vera natura delle circostanze attenuanti: esse non possono a meno di apparirgli quale un mezzo a lui fornito per temperare le pene, che potessero sembrargli eccessive.

E così per i giurati, come per i magistrati permanenti la concessione delle circostanze generiche non accompagnata dalla loro specificazione può poi assumere un carattere ben più pericoloso per la retta amministrazione della giustizia, in quanto rappresenti una specie di transazione fatta dal giudice colla propria coscienza. Il sistema di infliggere all'imputato una pena minore di quella ordinaria, quando non si è ben certi della sua colpevolezza corrisponde in realtà ad una debolezza dell'umana natura, che troppo facilmente induce chi si trova in uno stato di incertezza ad adottare una misura, che assume le parvenze di prudente conciliazione fra le due opinioni in conflitto, ma in realtà non può a meno di riescire cattiva, qualunque fra esse sia la vera, perchè all'incertezza soggettiva del giudicante non corrisponde oggettivamente uno stato intermedio fra la reità e l'innocenza, che solo potrebbe giustificare l'adozione della mezza misura. Ad impedirne l'attuazione non basta quindi astenersi dallo imporlo o dal consigliarlo al giudice: occorre studiarsi di eliminare tutte quelle cause, che possono renderlo possibile.

Affinchè pertanto il sistema delle circostanze attenuanti generiche, nè rappresenti il riconoscimento più o meno manifesto della imperfezione della legge o della impotenza del legislatore ad imporre ai giudici la propria volontà, nè si converta in un invito ad essere

piuttosto corrivi nel condannare, salvo a pronunziare una condanna mite, occorre, che la legge permetta bensì genericamente al giudice di attribuire a qualunque circostanza l'effetto di attenuare l'imputabilità del reato, ma gli imponga poi di indicare specificatamente a quale circostanza abbia attribuito questo effetto.

L'affermazione delle circostanze attenuanti generiche determina la sostituzione della reclusione per trenta anni all'ergastolo, e la diminuzione di un sesto delle altre pene (art. 59).

BIBLIOGRAFIA

ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1894-99, vol. 3. — ALMENDINGEN, *Darstellung der rechtliche Imputationslehre*, Giessen, 1803. — BERENINI, *Dell'ubbriachezza considerata sotto il triplice aspetto di contravvenzione, causa diminuente o causa dirimente la responsabilità penale*, Parma, 1888. — BERNER, *Grundlinien Kriminalistischen Imputationslehre*, Berlino, 1843. — ID., *De Impunitate propter summam necessitatem proposita*, Berlino, 1861. — BIRKMEYER, *Ueber Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht* (Gerichtssaal, vol. XXXVII, pag. 257-357 e pubblicato anche separatamente come discorso di rettorato con note a Rostock, 1885). — BIRNBAUM, *Bemerkungen über einige zum Behulfe der Lehere von der Rechtsunkenntniss gemachte Eintheilungen der Verbrechen und Strafgesetze* (Neues Archiv des Criminalrechts, vol. IX, pag. 101-142, 295-327). — BORST, *Ueber den Beweis der bösen Vorsatzes* (Neues Archiv des Criminalrechts, vol. II, pag. 434-458). — BRAUER, *Der dienstliche Befehl zum Verbrechen als Grund der Straflösigkeit* (Gerichtssaal, anno VIII, vol. I, pag. 381-398). — CLARUS, *Beiträge zur Erkenntniss und Beurtheilung zweifelhafter Seelenzustände*, Lipsia, 1828. — FILOMUSI-GUELFI, *Delle condizioni che escludono o diminuiscono l'imputabilità*, Roma, 1875. — FIORETTI, *Su la legittima difesa*, Torino, 1886 (2ª ediz. in collaborazione con ZERBOGLIO, Torino, 1894). — GAERTNER, *Finium culpae in jure criminali regundorum*, Berlino 1836. — GASSER, *De inquisitione contra surdum et mutum natura tale*, Halle, 1729. — GESSLER, *Ueber den Einfluss des Rechtsirrthums im Strafrecht* (Gerichtssaal, anno X, pag. 217-237, 307-359). — GEYER, *Die Lehre von der Nothwehr*, Jena, 1857. — GIRARDI, *Della difesa legittima*, Napoli 1884. — GÖRING, *Ueber die menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit*, Lipsia, 1876. — GREGORY, *Commentatio ad locum juris criminalis de inculpatae tutelae moderatione*, Hagae Comitis, 1864. — GROOS, *Ueber Chriminalpsychologie*, Heidelberg, 1835. — HAEBERLIN, *Ueber den Irrthum im Strafrecht* (fascicolo supplementare all' annata XVIIª del Gerichtssaal). — HEFFTER, *Die strafrechtliche Lehre von Ignorantia und Error im Zusammenhange* (Neues Archiv des Criminalrechts, vol. XII, pag. 130-151, 253-289). — HEINZE, *Ueber den Einfluss des Rechtsirrthums im Strafrecht* (Gerichtssaal, anno XII, pag. 397-449). — HEPP, *Ueber den Rechtssatz: Volenti non fit injuria* (Neues Archiv des Criminalrechts, vol. IX, pag. 65-100, 239-294). — HORN, *Der Causalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrechte*, Lipsia, 1893. — HUTHER, *Causalzusammenhang* (Gerichtssaal, vol. LII, pagina 241-284, 321-370). — ID., *Ueber Causalzusammenhang* (Gerichtssaal, volume LVII, pag. 241-308). — IANKA, *Der strafrechtliche Nothstand*, Erlangen, 1878. — KITKA, *Ueber die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen* (Archiv des Criminalrechts, N. F., 1834, fasc. I, pag. 117-131). — KLEIN, *Vorläufige Bemerkungen über die Zurechnung der Verbrechen zur Strafe* (Archiv des Crimi-

nalrechts, vol. II, fasc. 4°, pag. 56-113). — ID., *Ueber Dolus und Culpa* (Archiv des Criminalrechts, vol. III, fasc. 1°, pag. 119-136). — ID., *Von der Zurechnung der Verbrechen zur Strafe nach dem gesund Menschenverstande* (Archiv des Criminalrechts, vol. IV, fasc. 3°, pag. 7-31). — ID., *Ueber die Befugniss und Fähigkeit des Criminalrichters den moralischen Werth oder Unwerth einer Handlung zu erforschen* (Archiv des Criminalrechts, vol. V, fasc. 3°, pag. 107-139). — KLEINSCHROD, *Grundzüge der Lehre von Zurechnung der Verbrechen* (Neues Archiv des Criminalrechts, vol. I, pag. 1-35). — KONOPACK, *Ueber Dolus und Culpa* (Archiv des Criminalrechts, vol. IV, fasc. 3°, pag. 32-43). — LETO, *Di una recente critica alla teoria del Carrara sulla legittima difesa*, Palermo, 1888. — LEVITA, *Das Recht der Nothwehr*, Giessen, 1856. — MICHELET, *De doli et culpae in jure criminali notionibus*, Berlino, 1824. — MITTERMAIER, *Ueber den Begriff und die Merkmale des bösen Vorsatzes* (Neues Archiv des Criminalrechts, vol. II, pag. 515-533). — ID., *Ueber Einfluss der Trunkenheit auf die Zurechnung und Strafanwendung* (Neues Archiv des Criminalrechts, vol. XII, pag. 1-52). — ID., *Die Zurechnungsfähigkeit jungendlicher Uebertreter* (Archiv des Criminalrechts, N. F., 1841, pag. 155-205). — MORIAUD, *Du delit necessaire et de l'état de nécessité*, Ginevra-Parigi, 1889. — MOSCA, *Nuovi studî e nuove dottrine sulla colpa*, Roma, 1896. — PERRONI-FERRANTI, *Del nesso causale e della sua imputazione*, Palermo, 1888. — PFOTENHAUER, *Der Einfluss des factischen Irrechums auf die Strafbarkeit versuchter und vollendeter Verbrechen*, vol. II, Lipsia, 1838-39. — POLETTI, *L' azione normale come base della responsabilità dei delinquenti*, Udine, 1889. — RAGNAGHI, *Nozione e teorica del dolo* (Supplemento alla *Rivista penale*, vol. II, pag. 161-188). — ROHLAND, *Die Gefahr im Strafrecht*, Dorpat e Lipsia, 1888. — ROTERING, *Fahrlässighkeit und Unfallsgefahr*, Berlino, 1892. — SEMER, *Betrachtungen über den sogenannten Dolus indirectus*, Landshut, 1817. — STAMMLER, *Darstellung der strafrechtliche Bedeutung des Nothstandes*, Erlangen, 1878. — STILLMARK, *Die Lebre von der Nothwehr*, Dorpat, 1875. — STOPPATO, *L'evento punibile*, Padova, 1898. — VON BAR, *Die Lehre von Causalzusammenhange*, Lipsia, 1871. — VON BURI, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Lipsia, 1873. — ID., *Die Causalität und ihre strafrechtliche Beziehungen*, Lipsia, 1885. — ID., *Wille, Determinismus, Strafe* (Gerichtssaal, vol. LII, pag. 285-300). — VON DER BECKE, *Ueber den Krieg und seine Beziehungen auf das Criminalrecht* (Neues Archiv des Criminalrechts, vol. I, pag. 399-432: fra le note apposte a questa monografia alcune sono di MITTERMAIER, e son distinte da quelle dell'autore colla sigla Mr.). — VON WEBER, *Von der Freiheit des Willens und von der davon abhängenden Zurechnung der Handlungen* (Neues Archiv des Criminalrechts, vol. X, pag. 430-452). — WESSELY, *Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr*, Praga, 1862. — ZIINO, *La fisiopatologia del delitto*, Napoli, 1881.

CESARE CIVOLI

IL TENTATIVO

(Libro I Titolo V del codice penale)

CAPO I.

Nozione del tentativo.

1. Il giurista quando parla di delitto in senso proprio e specifico indica con questa parola, se si riferisce all'attuale legislazione, una azione, che ne espone l'autore all'applicazione di una delle pene enumerate all'alinea dell'art. 11: se ne parla genericamente assumendo la parola come sinonimo di reato, indica con essa l'azione punibile, ossia l'azione corrispondente ad una delle ipotesi in previsione delle quali il legislatore ha dichiarato, che si infliggerà una data pena a chi le ponga in essere.

La definizione del reato è di competenza esclusiva del legislatore per l'art. 1 del codice, e che lo debba essere si ammette da tutti coloro, che riconoscono doversi preferire la possibilità di lasciare impunita una qualche azione malvagia e dannosa all' incertezza ed all'arbitrio inerente all'attribuzione al giudice della facoltà di punire tutti coloro che a lui sembrino in concreto meritevoli di pena.

L' art. 45 include nel concetto d'ogni reato l'elemento della volontarietà, ma da ciò non segue, che sia la volontà del colpevole quella, che imprime al fatto il carattere di reato, bensì soltanto che il legislatore ha rinunziato ad imprimere tale carattere ai fatti involontari. Taluno può credere, che non sia reato di omicidio l' uccisione del moribondo o del consenziente o del latitante, che non sia reato di furto l'impossessarsi della cosa utile a lui ed inutile a chi attualmente la possiede, e che costituiscano invece reato la bestialità, la sodomia, il tribadismo, la bestemmia, la detenzione d'armi insidiose; ma non per questo il giurista si tratterrà dal punirlo, se compie alcuno dei fatti erroneamente creduti da lui non punibili, o si lascierà indurre a punirlo, se ne compie uno da lui ritenuto, pure erroneamente, punibile.

Quando il confronto del fatto, sul quale si è chiamati a giudicare, colle varie disposizioni legislative dimostri, come in esso non si riscontrino tutti gli estremi di alcuni dei varî reati descritti dal legislatore, non basta certo, che in esso se ne riscontrino alcuni, perchè si possa attribuirgli una parte degli effetti dal legislatore assegnati al fatto, nel quale questi estremi ricorrono tutti.

Chi ha cinque lire potrà comprare quelle stesse cose, che si possono comprare da chi ne ha dieci, sebbene in quantità minore, salvo che si tratti di oggetti non frazionabili ed aventi un valore superiore alle cinque lire, rispetto all'acquisto dei quali l'avere cinque lire equivale al non aver nulla; ma chi ha un fucile a cui manchi la canna, non può sparare affatto. La sottrazione ad una determinata cosa, di quella parte di essa, che ne costituisce elemento integrante non ha sempre l'effetto di ridurne proporzionalmente il valore, ma può avere anche quello di renderla inetta assolutamente all'uso, al quale sarebbe destinata.

Ciò si è disconosciuto dai giuristi in materia di prova [1]). Ciò si è disconosciuto pure nel tema del tentativo [2]).

---

[1]) Tale censura colpisce direttamente solo coloro, che vollero procedere ad un computo *aritmetico* della prova semipiena. Ma se la certezza non è frazionabile, lo è il dubbio, e quindi una distinzione fra le prove e gli indizi non sufficienti a condurre alla affermazione della reità dell'imputato a seconda, che la rendano più o meno probabile, non è logicamente inammissibile. Ciò, che però non dovrebbe ammettersi giuridicamente si è, che il dubbio ci autorizzi ad infliggere ad altri un male certo. Le ragioni di sospetto, che si hanno contro di alcuno, dovrebbero indurci soltanto ad adottare a suo riguardo tutte quelle cautele, che essendo atte a garantirci dagli attacchi temuti siano conciliabili col rispetto dovuto ai suoi diritti. Ma questa conciliazione è solo nominale, quando pur chiamando misure amministrative quelle, che adottiamo in confronto della persona sospetta, invece di affrontare noi le molestie inerenti ad un aumento di vigilanza sottoponiamo essa ad una restrizione di libertà. Attualmente più non si sostituiscono alla pena ordinaria quei provvedimenti, che comunque si vogliano chiamare (V. in senso favorevole ad essi CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale,* Pisa, 1832, vol. IV, pag. 227 e seg.), costituiscono una pena straordinaria, colla stessa sentenza di proscioglimento per insufficienza di indizi, ma quando a carico della stessa persona si sia istituito più di un procedimento chiuso con una sentenza di questa specie in base all'imputazione di omicidio, o lesione personale o minaccia, o violenza o resistenza alla pubblica autorità, o incendio, od associazione per delinquere, o furto, o rapina, od estorsione, o ricatto, o truffa, od appropriazione indebita, o ricettazione, o favoreggiamento dei delitti d'incendio, od associazione per delinquere, o furto, o rapina od estorsione, o ricatto, o truffa, od appropriazione indebita o ricettazione, essa può venir sottoposta all' ammonizione (art. 94, 95 e 96 della legge di pubblica sicurezza), la quale implica (articoli 104 e 105 legge cit.) una vera restrizione della capacità giuridica.

[2]) CARMIGNANI (opera e vol. cit. a pag. 229 in nota) contrappone il metodo di valutazione dell'attentato a quello, che da alcuni a torto si voleva seguire in materia di prove. Ma questo contrapposto può farsi solo riferendosi al suo modo di concepire l'attentato, nel quale egli correttamente vedeva (op. cit., vol. II, Pisa, 1831, pag. 333 e 336) un fatto producente un danno d' indole diversa da quello prodotto dal delitto consumato, e non già un fatto producente una parte del danno proprio del delitto consumato e costituente una frazione di esso; come

Si possono per via di analisi esaminare partitamente i varî elementi costitutivi d'ogni reato, come si possono esaminare separatamente le varie parti di un'arma da fuoco, ma da ciò non deriva, che ad ogni elemento del reato e ad ogni pezzo dell'arma isolatamente presi competa un valore autonomo, che stia al valore dell'aggregato di tutti gli elementi e di tutti i pezzi nel rapporto, che passa fra l'unità ed il loro numero. La metà delle parti di un fucile o d'una pistola non costituisce propriamente un mezzo fucile od una mezza pistola nel senso di essere atta a produrre metà del risultato che produrrebbe un fucile od una pistola; ed analogamente del fatto che presenta una parte soltanto degli elementi di un reato non si può dire, che costituisca una frazione di tale reato corrispondente al rapporto, che passa fra essa e la totalità di tali elementi e meriti una congrua porzione della pena stabilita nell'ipotesi, che tutti questi elementi si trovino a concorrere in un determinato fatto.

Essendo i reati creazione del legislatore, dipende però dalla sua volontà l'attribuzione ad alcuni degli elementi di un reato, o di una classe di reati, o del reato in genere dell'attitudine ad esporre ad una pena chi li ha posti in essere, ed in quanto l'attribuisca loro viene a creare nuove figure di reato, come creerebbe nuovi tipi di moneta dichiarando, che ognuna delle due parti, in cui sia diviso un pezzo da dieci lire, possa spendersi per cinque.

Va pertanto tenuta sempre distinta la nozione del delitto, quale figura giuridica creata dalla volontà legislativa, da quella del delitto quale fatto concreto corrispondente alla figura descritta dal legislatore, come si distingue la nozione della moneta da quella del pezzo di metallo o di carta, in cui si riscontrano i caratteri della moneta, nè dal frazionamento dell'azione delittuosa si può argomentare al frazionamento del delitto più di quanto si possa dal frazionamento della carta o del metallo concludere al frazionamento del valore inerente alla carta od al metallo non divisi.

Indipendentemente da una dichiarazione legislativa contraria la metà di un biglietto da dieci lire o di un mezzo napoleone non ne vale cinque, nè un quarto vale due lire e mezza: questi frammenti non hanno più alcun valore come moneta, e solo alla pari delle cose non monetate conservano il valore intrinseco, che è indipendente dalle dichiarazioni legislative. E così la metà di una azione delit-

colla stessa correttezza aveva avvertito, che la prova semipiena non ha un valore minore, ma qualitativamente conforme a quello della prova piena, bensì un valore d'altro genere.

tuosa od un quarto di essa non rappresentano rispettivamente una metà od un quarto di delitto, ma entità non corrispondenti alla nozione giuridica del delitto, e pel penalista prive quindi di per sè di valore giuridico [1]).

Il tentativo adunque non è una frazione del delitto consumato, sebbene la pena comminata pel tentativo possa essere una frazione di quella comminata pel delitto consumato, come il valore della moneta da una lira è una frazione del valore di quella da due lire, sebbene la moneta da una lira non sia una frazione della moneta da due lire, ed entrambe rappresentino due tipi di moneta distinti.

È nell'azione costituente il tentativo, che si riscontra una frazione dell'azione costituente il delitto consumato; ma il valore competente a questa frazione non le deriva dall'essersi attribuito un valore al delitto consumato, sibbene dalla espressa valutazione, che ne ha fatta il legislatore [2]).

Era ben difficile però, che a questa valutazione si procedesse in modo soddisfacente dal momento, che persistendo nella dottrina ereditata dai romanisti [3]), e che è in diretta opposizione col diritto romano [4]), si volle procedervi in modo generico.

2. I fatti non punibili, i leciti, i meritorî sono non meno dei punibili suscettivi di venir tentati senza essere ridotti a compimento.

La nozione del tentativo pertanto non è di esclusiva pertinenza del diritto penale, il che non esclude, che possa il legislatore dover definire il tentativo, in quanto all'uso volgare della parola non corrispondesse un concetto abbastanza sicuramente determinato, od in

---

[1]) Tali considerazioni sono per altro direttamente contrarie all'opinione comune in tema di tentativo: di essa si è reso ancora interprete il BINDING, *Normen*, vol. I, Lipsia, 1890, pag. 267 e seg., 374 e seg.

[2]) MITTERMAIER (*Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, *Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. I, pag. 167 e seg.) nel 1817 affermava ancora la sufficienza d'una comminazione penale contro chi avesse commesso un determinato reato a giustificare la punizione di chi avesse tentato di commetterlo, ma nelle note apposte al trattato di FEUERBACH (pag. 73 dell'edizione di Giessen, 1847) abbandonava tale opinione, e ritornava a combatterla nel 1859 (*Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks: Anfang der Ausführung*, *Gerichtssaal*, a. XI, pag. 209 e seg.). Attualmente essa è affatto abbandonata.

[3]) Sulla elaborazione di tale dottrina v. SEEGER, *Die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters*, Tübingen, 1869: sulla sua erroneità v. LUDEN, *Ueber den Versuch des Verbrechens nach gemeinem Deutschen Rechte*, Göttinga, 1836 (primo volume delle sue dissertazioni).

[4]) V. al vol. I, pag. 92-106, FERRINI, *Esposizione storica e dottr. del diritto penale romano*.

quanto egli trovasse inaccettabile agli effetti penali il concetto comunemente invalso.

E della necessità della definizione del tentativo si è persuaso il legislatore nostro, e l'ha data agli art. 61 e 62 dichiarando aversi il tentativo quando alcuno a fine di commettere un delitto ne abbia cominciata con mezzi idonei l'esecuzione, senza aver compiuto tutto ciò, che è necessario alla consumazione di esso per circostanze indipendenti dalla sua volontà, e quando essendosi da chi voleva commettere il delitto compiuto tutto ciò, che è necessario alla consumazione di esso, questa non avvenga per circostanze similmente indipendenti dalla sua volontà.

3. Essendo pertanto l'elemento intenzionale richiesto alla integrazione del tentativo, subito si rileva, come non ammettano tentativo punibile quei reati, che si perfezionano colla verificazione di un evento non voluto [1]) dall'agente.

Il che corrisponde al concetto, che comunemente si ha del tentativo, come di sforzo verso una data meta, e non già di avviamento, che può essere anche coatto, ad un dato risultato [2]). Di chi

---

[1]) Nella relazione sul progetto del codice penale presentata dalla Commissione della Camera dei deputati (n. LXXIV, pag. 88, in nota, dell'ed. dell'Un. Tip. Ed. del 1888) si fa menzione degli scrittori, che hanno patrocinata la tesi esclusiva della ammissibilità del tentativo nei delitti d'impeto, o di quelli, che hanno professata l'opinione contraria, alla quale la Commissione aderisce. Ma in realtà si tratta d'una questione di fatto, nè, essendo giuridicamente inammissibile una distinzione fra i delitti fondata sul contrapposto fra la perturbazione e la tranquillità dell'animo dell'agente, è il caso di discutere sulla applicabilità della nozione del tentativo ad una categoria di reati inesistente. Si ricorda pure in questa relazione, come di tentativo non possa parlarsi nei reati preterintenzionali. Ciò per chi si riferisca alle nozioni, che del tentativo e dell'omicidio preterintenzionale sono rispettivamente date dagli art. 61 e 368 del nostro codice è intuitivo. Per altro anche il codice nostro all'art. 372, n. 1, pone fra le circostanze, che aggravano la pena del feritore quella del pericolo di vita, a cui la ferita abbia dato luogo, ponendo così accanto alla figura del tentativo costituito da atti diretti a produrre un evento, quella d'un reato posto in essere da atti che abbiano questo evento reso probabile.

[2]) Se si astragga dal riferimento ad una legislazione positiva, che includa fra gli estremi del tentativo l'intenzione di produrre quell'evento, nella cui verificazione si sarebbe concretata la consumazione, certo è possibile, in quanto si voglia sostituire alla nozione del tentativo comunemente accolta una nozione diversa, propugnare la punibilità generica di chi colla sua negligenza, imprudenza, imperizia, inosservanza di regolamenti rende probabile la lesione di un interesse meritevole di tutela per parte del legislatore. La questione si è sollevata in Germania, ma rimanendo esclusivamente ristretta al campo della teoria, giacchè Hepp (*Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft*, Heidelberg, 1827,

suo malgrado perde l'equilibrio, di chi viene affetto da grave malattia non si suol dire, che tenta di cadere o rispettivamente di morire, sebbene alla caduta si sia esposto camminando sopra un terreno malagevole, ed alla malattia non osservando troppo i suggerimenti dell'igiene.

4. La locuzione usata per determinare i limiti, entro i quali si svolge il tentativo punibile, è atta invece a far credere, che alla nozione generica del tentativo il legislatore abbia voluto sostituirne una diversa.

Niun dubbio può [1]) invero cadere sulla identità del punto, oltre il quale nell'esplicazione dell'attività diretta alla effettuazione di una data impresa più non può scorgersi il tentativo di essa, sia che si tratti di opera lecita, sia che si tratti di delitto. Quando l'impresa è effettuata, è di essa e non del suo tentativo, che l'agente diventa autore.

---

pag. 259 e seg.; *Ueber den gegenwärtigen Stand der Lehre vom versuchten Verbrechen*, *Archiv des Criminalrechts*, N. F., a. 1836, pag. 35 e seg.), che fu il campione (prima di lui essa era stata invero sostenuta, ma senza sufficiente sviluppo degli argomenti favorevoli e senza critica accurata dei contrari da alcuni scrittori, fra i quali però non va annoverato ROMAGNOSI, come pretenderebbe HEPP, a meno di voler sofisticare, com'egli fa riproducendole tuttavia integralmente, sulle sue parole) della tesi della estensibilità logica della figura del tentativo a tutti indistintamente i delitti, non esclusi quelli dipendenti da negligenza od imprudenza, riconosceva l'inopportunità di procedere a tale estensione nel campo dell'amministrazione effettiva della giustizia penale.

[1]) E perciò non sembrano, come superflue, meritevoli di approvazione quelle disposizioni, che pur si trovano pressochè in tutti i cessati codici particolari tedeschi (copiati anche in questo punto dal codice toscano all'art. 42), colle quali si dichiara in che cosa consiste la consumazione del reato. Solo in una legislazione, che non determinasse la pena dovuta a chi tenta di commettere un reato senza riescirvi, potrebbe essere opportuno interdire espressamente al giudice di applicargli quella stabilita contro chi questo reato abbia effettivamente commesso. È noto infatti, come in mancanza di tale divieto a non pochi fra gli interpreti della legge romana, fra i quali va compreso il CUJACIO (*Observationum et emendationum*, lib. VIII, cap. 22, lib. XV, cap. 25, parte 1ª, vol. III, col. 191 e 414 della raccolta delle opere pubblicata a Venezia, 1758), sembrasse di trovar da essa stabilita la regola della punibilità del tentativo dei delitti più atroci, qualificandosi da essi poi come tali quelli condannati ad un tempo dal diritto civile e dal diritto naturale, la qual opinione (sulla sua inesattezza v. FERRINI, *Esposiz. stor. e dottrin. del diritto pen. rom.*, a pag. 92 e seg. del vol. I) non poteva a meno, per la indeterminatezza dei limiti prefissi all'applicazione di tale massima, di dar luogo in pratica a dubbi ed incertezze. E così dubbia ed incerta divenne effettivamente la materia del tentativo, da potersi dal CLARO (*Sententiarum*, lib. V, § fin., *quaest.* 92, Ginevra, 1694, pag. 877) riconoscere nel giudice la facoltà di *adhaerere cui opinioni maluerit, inspecta facti et personarum qualitate*.

La parte speciale del codice e le leggi speciali determinando gli elementi costitutivi dei varî delitti insegnano rispetto ad ogni singolo delitto quale sia questo punto, come rispetto alle imprese non delittuose lo insegna analogamente la conoscenza della essenza sua. Ma mentre appena si abbia l'esplicazione dell'attività diretta alla effettuazione di una determinata impresa, è conforme al concetto comune del tentativo affermare, che la si tenta, il legislatore dichiara, che non si ha tentativo punibile se non quando alcuno a fine di commettere un delitto ne comincia l'esecuzione.

5. Fu col progetto [1]) Mancini del 1876, che si incominciò [2]) a parlare di esecuzione del reato deliberato, mentre i progetti anteriori si mantenevano fedeli al sistema seguíto dal codice sardo (art. 96), ad imitazione di quello francese (art. 2) — imitato in questo punto anche da quello prussiano (art. 31) — che parlava genericamente di principio di esecuzione, senza specificare quale fosse la cosa, alla cui esecuzione si accennava. La definizione, che a questo modo si dava del tentativo, non poteva certo citarsi come modello di precisione legislativa. Per altro la sua indeterminatezza proveniva non dal difetto della locuzione, ma dalla indeterminatezza del concetto, che si trattava di esprimere, e quindi non poteva esser corretta se non precisando meglio tale concetto. L'uso di una locuzione determinata per esprimere un concetto poco determinato non fa che accrescere la confusione costringendo chi si renda conto preciso del suo valore ad incominciare dall'escludere, che essa sia stata adoperata in senso proprio.

Ed invero, cominciamento di esecuzione del delitto, nel senso proprio della parola, è ogni deliberazione delittuosa. Non basta certo la concezione del proposito di fabbricare un nido o di scavare una

---

[1]) « Art. 68. — Chiunque colla intenzione di commettere un reato *ne* ha cominciata l'esecuzione.... ».

[2]) In Germania avevano però già parlato di esecuzione del reato i codici di Brunswick (§ 36), di Baden (§ 106), di Nassau (art. 61), di Assia (art. 64), di Turingia (art. 23) e di Sassonia (art. 39), ma non pare, che si avessero presenti tali non lodevoli esempî, e che si volessero imitare di proposito, quando si introdusse nella legislazione italiana la nuova terminologia. Anche negli scrittori accade di frequente di trovar fatta parola di cominciamento di esecuzione del reato, ma ad essi, che mirano ad insegnare, e non a comandare, può più facilmente che non al legislatore consentirsi di usare qualche parola in senso volgare, anzichè in senso tecnico, perchè le opinioni del giurista privato non obbligano alcuno, e quindi nessuno ha interesse a fraintenderle: la volontà del legislatore deve applicarsi anche da chi non l'approvi, e quindi non è mai soverchia la cura per chiarirla in modo da eliminare ogni possibilità di equivoco.

buca a costituire cominciamento di esecuzione del nido o della buca, perchè è estraneo alla nozione della buca e del nido qualunque elemento di volontarietà. Ma l'elemento psichico costituisce parte integrante d'ogni delitto, e quindi si dovrebbe dir tentato ciascun delitto, del quale siasi deliberata la perpetrazione, se per delitto si dovesse intendere quel complesso di elementi, che legittima l'irrogazione di una delle pene stabilite dall'alinea dell'art. 11, anche quando se ne parla in tema di tentativo, per indicare, che cosa si debba avere incominciato ad eseguire, affinchè si abbia un tentativo punibile.

L'esecuzione non è se non successiva produzione dei singoli elementi, che costituiscono la cosa, che si tratta di porre in essere, e quindi appena sia concepita la risoluzione di delinquere, avendosi uno degli elementi costitutivi del delitto, l'esecuzione di questo deve propriamente dirsi iniziata.

Ma che ben altro sia stato il pensiero del legislatore, e che per esso la deliberazione delittuosa non costituisca quel principio di esecuzione, nel quale riscontra il tentativo punibile, lo dimostra l'incriminazione del concerto delittuoso e dell'associazione a delinquere, a cui si è ritenuto necessario dover procedere in via eccezionale in taluni casi, subordinando anche la punibilità del fatto alla condizione, che alla deliberazione delittuosa abbia tenuto dietro la scelta del mezzo, col quale il delitto deve essere commesso, come si è fatto all'art. 134, od a quella posta dall'art. 248, che la deliberazione sia stata concepita da cinque o più persone, venga accompagnata dalla risoluzione per parte di queste di procedere per la via delittuosa unite e con coordinazione delle singole forze, e si riferisca ad un numero indeterminato di delitti. Anche l'entità della pena comminata pei varî casi previsti dal primo di questi articoli concorrerebbe a dimostrare, se ve ne fosse bisogno, come pel nostro legislatore, col deliberare di commettere un delitto, non se ne inizii il tentativo, giacchè essa riesce sempre inferiore a quella, che risulterebbe dalla combinazione dell'art. 61 cogli articoli, che rispettivamente contemplano i varî delitti, in ordine ai quali si prevede l'ipotesi del concerto di perpetrarli. E del resto lo dice espressamente l'ultimo capoverso di tale articolo, il quale assicurando l'esenzione da pena a chi recede dal concerto prima che si cominci l'esecuzione del delitto, esclude che questa siasi iniziata fin dal momento, in cui, col deliberarne di concerto la perpetrazione, si è posto in essere uno degli elementi costitutivi di esso. E lo stesso art. 61 parla della risoluzione di delinquere come di una cosa diversa dal principio di esecuzione costituente il tentativo, dichiarando, che questo si ha quando

il cominciamento di esecuzione avvenga a fine di delinquere, ossia dopo di avere concepita la risoluzione criminosa.

Il tentativo è quindi propriamente cominciamento di esecuzione non del delitto, ma dell'azione materiale adatta a condurre alla consumazione di esso.

6. L'azione, che deve essersi iniziata, perchè si abbia un caso di tentativo punibile, non può però essere quella, colla quale si consuma [1]) il delitto.

In molti delitti [2]) essa non è personalmente propria dell'agente,

---

[1]) Pare, che ciò tendano ad affermare le parole usate da ORTOLAN (*Éléments de droit pénal*, vol. I, pag. 459, Parigi 1886) per dichiarare quando si incominci ad avere il tentativo: « *Nous poserons bien en règle ordinaire que le commencement d'execution qui doit être qualifié de tentative et auquel s'appliquent les solutions par nous exposées cidessus, est* LE COMMENCEMENT DE L'ACTE MÊME CONSTITUTIF DU DÉLIT, *et non le commencement, ni même l'accomplissement en entier des actes préliminaires qui y conduisent* ». Però egli s'affretta (v. pag. successiva) a consigliare al giudice di non esagerare nell'applicazione di questa regola, e ad attribuirgli la facoltà di apprezzare la natura e le circostanze del fatto per decidere, se l'esecuzione del delitto siasi o no cominciata: il che implica una fiducia molto limitata sulla solidità della regola proposta. Anche il NAPODANO (*Intorno al criterio di distinzione tra preparazione ed esecuzione in tema di tentativo*, Estratto dal volume per le onoranze al prof. Pepere, pag. 10 e 4) afferma, che il tentativo si comincia ad avere, quando cominciano gli atti costitutivi di ciascuna specie criminosa, che l'*esecuzione* del delitto si risolve nella serie degli atti, che compongono l'azione, ma quando poi procede alla esemplificazione dalla dichiarazione che l'omicidio è l'uccisione dell'uomo conclude (pag. 9) che si ha tentativo di omicidio, quando incomincia l'aggressione alla vita di alcuno, e non già quando si incomincia ad uccidere.

[2]) Si suol chiamarli delitti *materiali*, contrapponendo poi loro i delitti *formali*, dei quali diceva il DE SIMONI (*Dei delitti di mero affetto*, Como, 1783, parte 1ª, pag. 211), che *dalla volontà e intenzione dell'agente non solo ricevono la loro moralità civile, ma anche* LA FORMA *stessa, per cui di delitti la qualità e il perfetto carattere rivestono senza che a tal uopo sia punto necessario alcun reale effetto*. Questa distinzione, per quanto abbia potuto diffondersi largamente in Italia ed in Germania, non regge però ad una critica accurata. Che l'evento consumativo talora si concreti in un fatto non personale all'agente, è proposizione verissima, ma da essa si può dedurre non già una regola comune a tutti i reati nei quali si riscontra tale particolarità, sibbene l'inammissibilità di una regola generale, che fissi il principio del tentativo nel cominciamento dell'esecuzione dell'azione consumativa, e difatti non è alla particolarità, che sola venne rilevata nel testo, che si suol pensare da chi discorre di delitti materiali, come di una delle due classi, in cui i delitti sono suscettivi d'esser divisi. Che vi siano reati, i quali possano consumarsi indipendentemente dalla verificazione di un *reale effetto*, come diceva il DE SIMONI, o di un evento o risultato, che dir si voglia con altri, è proposizione, la cui verità dipende dal significato, che si dà alla parola effetto, evento o risultato. Se con essa si vuol riferirsi allo scopo, a cui poteva tendere l'agente,

ma si verifica solo in seguito agli atti da lui compiuti per provocarla. Così l'azione, colla quale si consuma il delitto d'omicidio è la cessazione della vita di colui [1]), che venne offeso dagli atti compiuti a fine di uccidere, e non è quindi neppur suscettiva di frazionamento, come non lo sono i punti, che segnano il limite di una quantità frazionabile.

Ma neppur quando si tratti di un fatto continuativo, quale sarebbe la produzione d'una lesione, col suo completo esaurimento, che nel caso si verificherebbe mediante la guarigione del ferito, si ha davvero la consumazione di un delitto, del quale si incominciasse ad avere il tentativo nel momento, in cui la ferita si è aperta, per modo che il delitto abbia a restare perpetuamente nello stadio del tentativo, se la ferita produca una malattia insanabile. Allora si verifica invece la cessazione di quello stato lesivo del diritto alla integrità della persona, che la consumazione del delitto ha posto in essere.

Rispetto ai delitti, che si consumano mediante un'azione personale all'agente, non si può invece escludere la possibilità, che questa

---

la sua verità è indiscutibile. In molti reati la consumazione precede il raggiungimento di questo scopo. Ma è inammissibile il loro raggruppamento in una classe a parte, perchè alla sua costituzione starebbe a base una caratteristica normalmente priva di valore giuridico quale è quella della specialità del fine, cui tende l'autore del reato. Ove questa classe si facesse, sarebbe delitto formale l'omicidio commesso da chi uccideva per ereditare; perchè a lui accadrebbe di vedersi obbiettare la consumazione del reato indipendentemente dalla verificazione dell'effetto, che lo preoccupava; delitto materiale l'omicidio commesso da chi uccideva per vendicarsi. Se poi si fa astrazione dallo scopo dell'agente, e si parla di effetto, evento o risultato in senso assoluto, la proposizione riesce affatto erronea. Già il CARRARA (*Programma,* Parte generale, vol. IV, pag. 20 e seg., Prato, 1889) osservava doversi assegnare alla classe dei delitti materiali il furto, perchè potrebbe verificarsi l'ipotesi, che la cosa che si vuol rubare sia così pesante, o così solidamente infissa nel muro, che alla apprensione di essa per parte di chi ne vorrebbe diventar ladro non tenga dietro alcun spostamento suo. Ma seguendo questo criterio, che è esattissimo, e facendone applicazione ai vari reati, si finisce collo scorgere, come di delitti *formali* a rigore non ve ne sia alcuno, sebbene taluni fra i delitti siano costituiti da azioni tanto semplici da riescire difficile, che alla volontà di compierle non tenga dietro la loro esecuzione effettiva. Comunque in questa si ha sempre un risultato, senza del quale non si verifica la consumazione del reato, e quindi si deve convenire col KÖSTLIN (*Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts,* Tübingen, 1845, pag. 437), che la divisione dei delitti in *materiali* e *formali* va lasciata da parte come superficiale ed inconcludente.

[1]) Come risulta dal disposto dell'art. 52 non occorre, che il morto sia precisamente quello, che l'agente voleva uccidere: v. al riguardo in questo stesso volume la monografia precedente a pag. 72 e seg.

venga interrotta prima che sia giunta a tal grado di sviluppo, da presentare i caratteri, alla cui ricorrenza il legislatore subordina la consumazione del reato. Così può accadere, che il pubblico ufficiale, mentre ha stesa la mano per ricevere un'indebita retribuzione (articolo 171), venga sorpreso da un suo superiore, il quale allontani il corruttore; che chi in un crocchio ha incominciato il racconto dell'avventura galante d'una donna maritata venga fatto tacere da un congiunto di questa o del marito prima d'aver specificate circostanze atte a procacciar notizia agli uditori dell'adulterio, che egli voleva attribuirle (art. 313).

Ma basta, che per alcuni delitti non si possa ammettere, che l'azione, col cui inizio si incomincia ad avere il tentativo punibile, sia quella consumativa, perchè si debba procedere ad indagare quale altra azione diversa possa essere, dato che occorra trovare una formola genericamente applicabile a tutti i delitti in conformità al sistema seguíto dal nostro legislatore, che del tentativo ha voluto occuparsi nella parte generale del codice; e solo si potrebbe ricercare, se chi vuol lasciarsi corrompere non incominci a diventar punibile, se non quando abbia iniziata l'azione, che lo condurrà a ricevere l'indebita mercede, e chi vuol diffamare, quando abbia iniziato il discorso tendente ad attribuire ad alcuno un fatto disonorevole, e se in quel momento lo diventino, qualora si decidesse di sostituire alla previsione generica del tentativo di un delitto la previsione specifica del tentativo di quei delitti, rispetto ai quali sembrasse meritevole di punizione anche l'azione diretta a commetterli.

7. Neppure all'azione idonea di sua natura a condurre direttamente [1]), e cioè mediante la sua semplice continuazione e senza

[1]) Assai affine a questo criterio è quello proposto da LUDEN (*Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte,* vol. I, pag. 459, Göttingen, 1836) secondo il quale il tentativo si inizia col cominciamento di quell'azione, mediante cui il delitto poteva e doveva venir consumato senza nuovi preparativi e senza ulteriori interruzioni. Riferendosi ai preparativi ed alle interruzioni anzichè alle azioni d'altro genere, il LUDEN evita l'errore di attribuire importanza giuridica alla diversità del genere, cui sotto il punto di vista materiale appartengono i vari atti diretti all'attuazione del proposito criminoso, mentre pel giurista l'identità dello scopo al quale tendono deve bastare a farli ascrivere tutti ad un genere unico. Per altro se giuridicamente l'atto dello scatto del grilletto è dello stesso genere di quello del puntamento, anche la provvista dell'arma dovrebbe ascriversi al medesimo genere, perchè già con questa si tende all'attuazione del proposito delittuoso. Del resto la inammissibilità della distinzione proposta dal LUDEN riesce evidente, quando si pensi alla possibilità di reati, che per essere commessi abbiano bisogno della esecuzione di azioni, che si succedano precisamente ad intervalli, e

l'ulteriore passaggio ad una azione d'altro genere, alla consumazione del delitto [1]), par riferibile l'art. 61. Chi dopo d'avere caricata un'arma da fuoco, ed essersi recato con essa in posizione, dalla quale può colpire il suo nemico, la spiana e prende la mira, fino a che continua a far passare lo sguardo fra il mirino, la bocca dell'arma ed il capo, che vuol fracassare, non fa cosa, la cui continuazione, per quanto indefinitamente si prolunghi, possa avere per effetto la consumazione dell'omicidio. Perchè questa si abbia occorre, che egli proceda all'esecuzione d'un atto d'altro genere, che consiste nello esercitare una adeguata pressione sulla coda del grilletto. Tuttavia mi pare assai difficile, che se egli venisse sorpreso prima della esecuzione di questo atto, avesse a trovarsi un giudice, che lo mandi prosciolto dichiarando, di non riscontrare in quanto ha fatto gli

---

rispetto alle quali può quindi concepirsi l'ipotesi, che l'agente attenda volta per volta a fare soltanto in seguito alla effettuazione di ognuno degli atti, nei quali si risolve l'attuazione del piano criminoso, i preparativi occorrenti per procedere all'atto successivo. Colui che ha deciso di avvelenare un altro con una sostanza, che deve essere somministrata in parecchie volte, incomincierebbe ad essere colpevole di tentato veneficio solo dopo d'avere frammischiata l'ultima dose di veleno nelle medicine (chè di consueto questi venefici cronici si consumano a danno di ammalati) destinate all'infelice, del quale vuol affrettare la fine; chi sotto l'impero d'una legislazione, che nòn avesse con una disposizione analoga al nostro art. 301 provvisto a rendere indipendente la punizione del colpevole dall'applicazione della incerta teorica del tentativo, avesse deciso di far saltare all'aria un edifizio molto solido incomincierebbe a dover rispondere di tentativo solo quando, effettuato il trasporto dell'ultimo barile di polvere nei sotterranei, avesse dato fuoco alla miccia.

[1]) Che si accenna a tale azione parlando di principio di esecuzione del delitto venne affermato da HÄBERLIN (*Grundsätze des Criminalrechts*, Lipsia, 1845, vol. I. pag. 46) ed il BERNER (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Lipsia, 1884, pag. 179, nota 1) pur dichiarando, che fra tale azione e gli atti, che indubbiamente vanno lasciati impuniti, ve ne sono alcuni di natura ambigua, che a seconda dei casi devono ora punirsi, ora lasciarsi esenti da pena, diceva, che di regola è con essa, che si ha il principio di esecuzione. HÄBERLIN però ritornando ad occuparsi dell'argomento nel 1874 (*Einige Bemerkungen über den Versuch nach dem Reichstrafgesetzbuche, Gerichtssaal*, a. XXIV, pag. 257) dichiarava, che la determinazione del momento in cui si ha il principio d'esecuzione implica la soluzione d'una questione, che non si può risolvere soltanto in base alle parole, potendo esse prendersi così in senso oggettivo, nel qual caso egli persisteva nel ritenere, che accennassero ad una azione, la cui continuazione conduce alla consumazione, come in senso soggettivo, venendo allora a riferirsi all'azione ritenuta atta dall'agente a condurre alla consumazione; e mentre riconosceva, che vanno prese in senso soggettivo, quando all'esplicazione completa dell'attività dell'agente non ha tenuto dietro il risultato occorrente alla consumazione, per gli altri casi si limitava a dire, che vanno prese *per lo più* in senso oggettivo.

estremi di un tentativo punibile. E se per coordinare la sua punizione alla teoria, secondo la quale il tentativo si ha solo quando si è incominciata l'azione capace di produrre immediatamente la consumazione, si dicesse, che premendo il grilletto non si passa all'esecuzione di un atto di genere diverso da quello, che si compieva fino a che si mirava, e si continua a svolgere un'azione unica, non si affermerebbe certo cosa assolutamente inesatta.

Ma il concetto di genere è eminentemente relativo. Il carbone e l'inchiostro possono dirsi cose dello stesso genere da chi procede a distinguere le cose fra loro in base al rispettivo colore; cessano d'esserlo per chi si occupa della loro composizione chimica. Son cose dello stesso genere le carni ed i legumi per chi distingue le cose in atte all'alimentazione ed inette ad essa; non lo sono per chi le distingue riferendosi al modo, nel quale possono venir procurate. Se noi diciamo dello stesso genere di quello, cui appartiene la pressione sul grilletto, l'atto del puntare, non possiamo a meno di riferirci all'identità dello scopo, al quale entrambi sono indirizzati. Ma allora dovremo dire dello stesso genere anche l'acquisto dell'arma. Mentre se facciamo astrazione dal fine, che tutti questi atti tendono a realizzare, e ci riferiamo soltanto alla materialità del modo, nel quale vengono eseguiti, ed al risultato immediato specificamente proprio ad ognuno di essi, devono dirsi di genere diverso tutte e singole le operazioni, nelle quali è suscettiva di venir divisa ogni azione complessa.

E quindi l'effrazione dell'uscio, alla quale attende chi vuol rubare, è un atto diverso da quello, che compierà penetrando nel locale, ove si custodiscono gli oggetti, che hanno eccitati i suoi appetiti; ma sebbene solo l'approssimarsi alle cose, sulle quali si vogliono stendere le mani furaci, costituisca un atto idoneo a condurre direttamente alla consumazione del furto, non è facile, che alcuno si rifiuti a dichiarar colpevole di tentativo di furto chi è sorpreso mentre sta scassinando una porta dopo d'avere condotto in prossimità di esso il carretto, sul quale vuol trasportare gli oggetti, che spera di rubare.

Se in vista di ciò si risale, per trovare il principio del tentativo punibile, all'azione precedente a quella, dalla cui esecuzione completa deriverebbe la consumazione del reato, si finisce collo scorgere, come sia egualmente possibile e che si abbia a riconoscere la convenienza di punire azioni anteriori, e che sembri esorbitante il dichiararla già punibile.

Se un famoso borsaiuolo venga scorto in mezzo alla folla, e pro-

priamente ai fianchi di una persona conosciuta come danarosa, e si sappia, che egli pur essendo sprovvisto di danaro ha dato convegno ad una comitiva di viziosi suoi pari, per passare la notte in bagordi, profferendosi di pagare per tutti, niuno sarà per dubitare, che egli coll'insinuarsi nella calca, ed avvicinare chi sapeva fornito d'un pingue portafoglio, abbia eseguita l'azione, alla quale deve tenere immediatamente dietro quella adatta a condurre alla consumazione del furto, e che consiste nella cauta introduzione della mano nelle tasche del suo vicino. Tuttavia se gli agenti della forza pubblica potrebbero e dovrebbero arrestare costui sotto l'impero dell'attuale legislazione, dato che egli sia sottoposto alla vigilanza della pubblica sicurezza (art. 118, n. 6; 120, legge di pubblica sicurezza), mi pare ben difficile, che abbia a trovarsi un giudice, il quale si ritenga autorizzato a dichiararlo colpevole di tentativo di furto.

Ed intanto, se alcuno volendo godere anzi tempo del peculio accumulato da chi abbia avuta l'infelice idea di designarlo a suo successore, concepito il proposito di ucciderlo, si procuri il veleno, e lo inviti a pranzo, e sia sorpreso mentre stava versando nella pentola destinata a fare il brodo il cartoncino contenente la sostanza venefica, sarà altrettanto difficile [1]), che non venga dichiarato colpevole di tentato veneficio, sebbene dovesse ancora porre al fuoco la pentola, e procedere a parecchie altre operazioni, prima di imbandire la minestra avvelenata al suo disgraziato invitato.

Conviene quindi rinunziare senz'altro alla determinazione del momento, dal quale comincia la punibilità del tentativo, in base all'*intervallo*, che separa gli atti compiuti dalla consumazione. Ed invero comunemente [2]) per procedere a siffatta determinazione si ricorre ad

---

[1]) MORI (*Teorica del codice penale toscano,* Firenze, 1854, pag. 70) dichiara anzi, che il tentativo punibile si ha fin dal momento, in cui *il comprator del veleno.... si è furtivamente introdotto, con quella dose d'arsenico, nella cucina, in cui si preparavano i cibi all'avversario....*

[2]) KÖSTLIN (*System des deutschen Strafrechts,* 1ª Sez., Parte generale, Tübingen, 1885, pag. 232 e seg.), che propugnava la punibilità delle estrinsecazioni del proposito di commettere un delitto determinato, preludendo alle teorie, che attualmente accennano a prevalere in Germania, fece carico a MITTERMAIER di avere, sedotto dal diritto francese, procacciato credito in Germania alla distinzione fra atti preparatori ed atti esecutivi col suo scritto: « *Ueber den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen, Neues Archiv des Criminalrechts* », vol. II, pag. 602-616. A rispondergli è diretto l'ulteriore scritto di MITTERMAIER pubblicato nel 1859 nel *Gerichtssaal,* a. XI, pag. 197-240: « *Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks: Anfang der Ausführung* », nel quale imprese a sostenere che tale distinzione risaliva ai pratici italiani, fra i quali dopo qualche contrasto avrebbe finito col prevalere al principio del XVI secolo.

un criterio diverso, che è fornito dalla distinzione fra l'attività diretta a procacciare i mezzi di delinquere da quella, che si esplica mediante l'uso dei mezzi apparecchiati.

8. Di molte fra le azioni umane non si può appunto incominciare l'esecuzione, se prima non siasi provveduto a renderla effettuabile coll'apparecchiare i mezzi, il cui uso è da essa richiesto, e col superare o rimuovere gli ostacoli, che ad essa si oppongono. Chi vuole ad esempio costruire un edifizio può dalle circostanze del caso essere costretto a far precedere l'esecuzione della costruzione non solo dalla provvista dei materiali occorrenti e degli attrezzi necessarî a fare dei materiali un congruo uso, ma anche da scavi, colmate o prosciugamenti, in quanto l'area, sulla quale vuol fabbricare, avesse bisogno di subire trasformazioni, per diventar fabbricabile.

Pare pertanto, che nella distinzione ora accennata non si abbia a riscontrare se non l'applicazione di un criterio di specificazione, che quotidianamente viene usato senza difficoltà alcuna nella vita ordinaria, e la cui accettazione non dovrebbe quindi sollevare opposizioni, nè suscitare sospetti nel campo giuridico.

Per altro non si può a meno di rilevar subito come cosa assai strana, che mentre gli uomini più rozzi non sogliono cadere in imbarazzo, quando siano invitati a dichiarare, se in un dato atto si riscontrino i caratteri della preparazione o quelli dell'esecuzione di un fatto attinente alla cerchia delle operazioni, delle quali le abitudini della loro vita rendono ad essi famigliare la nozione, solo i giuristi abbiano ad essere angustiati da difficoltà non lievi [1]), allorchè

Per altro MENOCHIO, che scrisse ed insegnò nella seconda metà di tale secolo, e viveva ancora al principio di quello successivo, mentre dà per certa la punibilità di chi compra il veleno per uccidere, ma non lo propina, dice, che i passi di quei dottori, che parlano di esenzione da pena del tentativo remoto vanno riferiti alla pena ordinaria, alla quale in questo caso si sostituisce la straordinaria (*De arbitrariis judicum quaestionibus*, l. II, caso 360, foglio 299 dell'ed. di Venezia, 1576).

Nei lavori preparatori del codice una adesione espressa e formale a questa distinzione si trova solo nella relazione della Commissione della Camera dei deputati (pag. 90 dell'ed. stamp. dall'Un. Tip. Ed., 1888) e nei verbali della Commissione di revisione (pag. 189 dell'ed. pubblicata a Roma dalla Stamp. Reale, 1889); ma la sua accettazione per parte dell'opinione comune non può essere messa in dubbio (v. CARRARA, *Programma*, Parte generale, Lucca, 1871, pag. 236; PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. I, pag. 247, Napoli, 1882; BRUSA, *Saggio di una dottrina generale del reato*, Torino, 1884, pag. 289).

[1]) Di esse si fa menzione nella relazione della Commissione della Camera dei deputati sul progetto di codice penale a pag. 90 dell'ed. citata.

devono procedere all'assegnazione di un determinato fatto alla categoria degli atti preparatorî od a quella degli esecutivi. E non essendo da credere, che la specialità dei loro studî, dai quali sono condotti ad analizzare quotidianamente gli atti umani, ed a fare una incessante applicazione di regole astratte a casi concreti, abbia a renderli meno atti, di quanto possano esserlo altri, a riconoscere i limiti, che separano una impresa dalla esecuzione di essa, non è fuor di luogo il ricercare, se per avventura la difficoltà non dipenda da una qualche ambiguità inavvertitamente insinuatasi nei termini della questione, che si tratta di risolvere.

Ora poco vi vuole a vedere una volta entrati in quest'ordine di idee, come perchè riesca agevole distinguere fra preparazione ed esecuzione occorra anzitutto intendersi sulla nozione dell'azione, che deve essere rispettivamente preparata od eseguita. Solo quando si sia d'accordo sulla nozione del viaggio, sarà facile dichiarare, se taluno si prepara a viaggiare o se incomincia ad eseguire il viaggio progettato. Ma se di coloro, che prendono ad esaminare l'esplicazione dell'attività altrui, per procedere all'assegnazione degli atti, coi quali è avvenuta, alla categoria dei preparatorî od a quella degli esecutivi, uno vede un viaggio in ogni abbandono della propria residenza, mentre per l'altro il viaggio implica l'interposizione di una distanza notevole fra la località, nella quale si risiede, e quella visitata, od una notevole protrazione della durata dell'assenza dalla residenza, costoro non arriveranno certo mai ad intendersi, quando si tratterà di decidere, se le gite fatte in una prossima città per acquisto di provviste, o per allenarsi alla fatica, o per rendersi esperti nell'uso del mezzo di trasporto, che si fa conto di adoperare, costituiscano preparazione od esecuzione di viaggio. Ed ai giuristi è precisamente accaduto di ritrovarsi in simili perplessità non perchè fossero inetti a comprendere ciò, che è preparazione, e ciò, che è esecuzione, ed a distinguere in pratica, quando si abbia l'una e quando l'altra, ma semplicemente perchè essendosi accorti della difficoltà dell'impresa, alla quale si erano accinti, proponendosi di stabilire un limite di generica applicazione fra l'attività non punibile, sebbene indirizzata alla perpetrazione di un reato, e quella punibile, per quanto non produttiva della consumazione del reato, cui era diretta, si contentarono di risolverla nominalmente, col dichiarare non punibile la preparazione del delitto, punibile l'esecuzione di esso, senza specificare, che cosa per delitto in questo caso si debba intendere. Fino a che questo punto non si sia concordato, è però certo, se non evidente, che non si è per modo alcuno più prossimi

di prima alla meta, sebbene si sia trovata una formula, che può far credere d'esservi giunti, fino a che non si domandi, come si debba poi fare, per applicarla.

Così se taluno avesse incoraggiato altri a viaggiare, promettendogli una indennità per ogni giorno di viaggio, e poi nascesse contestazione intorno al numero dei giorni, pei quali l'indennità è dovuta, sostenendosi da chi la domanda, che debbano esservi compresi tutti quelli da lui passati fuori della sua residenza, e da chi la deve pagare, ché debbano includervisi solo quelli compresi nel termine trascorso tra l'abbandono della residenza allo scopo di pervenire al punto più lontano, che dovesse toccarsi, ed il ritorno in residenza, ed un giudice sentenziasse, che si abbiano a computare i giorni, nei quali il viaggio si eseguiva, e ad escludere quelli, nei quali il viaggio si preparava, a meno che egli stesso nella sua sentenza avesse in un qualche modo fatto capire, che cosa intendeva per viaggio, occorrerebbe una nuova sentenza, per mettere ad esecuzione la prima. La difficoltà stava precisamente nel sapere, a che cosa si riferivano i contraenti parlando di viaggio, e fino a che non si sappia, se, trattandosi ad esempio d'una spedizione polare, il viaggio è costituito dall'andata verso il polo e dal ritorno, o da ogni abbandono della propria città fatto a scopo di mettersi in grado di avvicinarsi al polo, il distinguere fra preparazione ed esecuzione del viaggio è un eludere la difficoltà, invece di risolverla. Quelli, che per chi deve pagare, sono atti preparatorî, per chi deve riscuotere, diventano atti esecutivi, e ciò non perchè sia difficile distinguere fra preparazione ed esecuzione, ma perchè è possibile non attribuire alla parola viaggio un medesimo significato.

L'acquisto d'una pistola è preparazione e non esecuzione di omicidio, se per omicidio intendiamo l'uccisione di un uomo, ma allora anche l'appostamento, lo spianamento dell'arma, il puntamento sono preparazione all'atto esecutivo dell'omicidio, che si avrà solo collo sparo produttivo del perforamento di un organo vitale, e l'esecuzione coinciderà colla consumazione. Per dire esecutivo dell'omicidio l'atto dello spianamento e del puntamento dell'arma, bisogna riferirsi non alla uccisione, ma al proposito d'uccidere. Per altro atto esecutivo di tale proposito è anche l'acquisto dell'arma.

Essendo per lo più i delitti costituiti da azioni non molto complicate, e che non richiedono per la loro esecuzione istrumenti confezionati al preciso intento di compierle, di consueto accadrà, che fino a quando alcuno nel procedere alla esecuzione del proposito delittuoso non è andato oltre alla provvista dei mezzi, dei quali in-

tende valersi, per consumare il reato, manchi il modo di riconoscere in tale provvista il carattere, che pur ha, di esecuzione di un proposito delittuoso. Quindi indipendentemente da qualunque disposizione di legge e da qualunque dottrina giuridica, la punizione di un atto diretto all'acquisto di mezzi per commettere un determinato delitto a titolo di tentativo di questo è da considerarsi come una eventualità di assai difficile verificazione, perchè se l'acquirente non fa altro, nessuno verrà in chiaro del suo proposito, e se procede oltre nella via del delitto, la pena si applicherà riferendosi alle azioni ulteriori. Per altro sebbene non siano frequenti, dei casi, in cui col procurarsi il mezzo per delinquere, si manifesta il proposito di commettere un delitto specificamente verificabile, ve ne possono essere [1], come per contro vi possono essere dei casi in cui dall'uso che altri fa di mezzi atti a condurre alla perpetrazione d'un reato non si può ancora indovinare, se esso sia diretto a perpetrarlo davvero o tenda ad un fine lecito. È vero, che l'arsenico non serve solo ad avvelenare, nè solo ad avvelenar uomini; ma se esso è comprato da chi nè attendeva ad esperienze chimiche, nè aveva l'abitazione infestata da animali, di cui potesse desiderare di liberarsi, difficilmente sarà destinato ad un fine lecito. E sebbene sia vero, che per lo più chi spiana contro un altro un'arma da fuoco carica, lo farà animato dall'intenzione di ucciderlo, non è impossibile, che egli abbia ceduto soltanto alla velleità temeraria di riprodurre un episodio drammatico, che da lui si sta raccontando.

Come nessun atto umano è produttivo degli effetti che ordinariamente gli son proprî, se non si svolge in condizioni favorevoli alla produzione loro; così di nessun atto umano si può indovinare la direzione, se si prescinde dalle circostanze, che ne precedono ed accompagnano l'esecuzione.

---

[1]) Ne vien riferito uno a pag. 147 del *Bollettino ufficiale della Direzione generale delle carceri* allegato al vol. X della *Rivista di discipline carcerarie*. Un detenuto fu trovato in possesso d'un chiodo tolto da una tavola del soffitto e fornito di manico, che lo rendeva idoneo ad essere adoperato come pugnale, mediante legno procuratosi colla rottura d'un coperchio. Egli si trovava in cella di punizione, sicchè gli mancava qualunque opportunità per fare di questo istrumento un uso lecito. Come non vedere nella esecuzione del lavoro occorrente alla preparazione di questo mezzo di morte un principio di esecuzione d'un progetto omicida? Come non riconoscere, che tale possesso esponeva a pericolo immediato la vita di chi entrava nella cella? Come non ammettere, che l'esecuzione di tale lavoro implica una pertinacia ed una fermezza di proposito maggiore di quella, che può essere estrinsecata da atti di uso effettivo dell'arma micidiale, che altri abbia casualmente trovata a portata della mano nel momento in cui lo si faceva incollerire?

Se si conviene di chiamare *preparatori* gli atti non punibili, sebbene possano essere indirizzati dal loro autore alla perpetrazione di un reato, è esatta l'affermazione [1]) della pertinenza a questa classe di tutti gli atti, dei quali sia problematica la destinazione. Ma trattandosi di un problema, che si deve risolvere caso per caso, non conviene poi restringere con artificiose definizioni la libertà d'apprezzamento del giudice nel decidere in base all'esame di un dato atto se risulti o no, che esso è stato compiuto esclusivamente allo scopo di delinquere. Comunque, chi abbia così poca fiducia nel criterio del giudice da ritenere, che il numero degli errori in cui incorreranno sarà minore se si stabiliranno in astratto i caratteri, che deve avere un atto, perchè da esso si possa desumere l'intenzione delittuosa, che non se si lasciassero liberi di attribuire tale valore induttivo a quelle circostanze, nelle quali credono di riscontrarlo, non dovrebbe disconoscere d'avere pel timore, che la verità materiale non si scopra dal giudice, sostituita ad essa una verità meramente formale. Nessun giurista crederà invero, che basti il disposto dell'art. 159 del codice civile a far sì, che i figli generati da una donna maritata sieno da essa stati concepiti per effetto dei rapporti avuti col marito; nessuno crederà, che l'essere un fatto attestato in un atto pubblico non impugnato di falso escluda davvero la possibilità, che esso sia insussistente, solo perchè l'art. 1317 dello stesso codice vieta al giudice di dubitare della sua sussistenza; e similmente nessuno dovrebbe credere, che l'acquisto del veleno non possa mai verificarsi in circostanze tali da far palese la volontà di avvelenare, e da doversi considerare come esecuzione del proposito di avvelenare, per quanto potesse al legislatore piacere di vietare di argomentare da esso tale proposito.

9. Tale divieto per altro non è formulato dalla legge; essa si limita a dichiarare, che il tentativo di un delitto si ha solo quando si sia incominciato ad eseguirlo, ed il delitto nel senso di proposito delittuoso o rispettivamente di azione tendente alla consumazione si

---

[1]) Ad essa si è limitato CARMIGNANI nei suoi *Elementi di diritto criminale* (pag. 90 del vol. I dell'ed. di Pisa, 1819) e nella *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* (pag. 304 e seg. del vol. II, Pisa, 1831), nè è per averla ripetuta, che vanno disapprovati gli scrittori posteriori, sibbene per essere poi trascesi (se ne guardarono il GIULIANI ed il PUCCIONI; incominciarono a darne l'esempio il NICOLINI, *Quistioni di diritto*, pag. 243 dell'ed. di Napoli, 1888, ed il MORI, *Teoria del codice penale toscano*, Firenze, 1854, pag. 69 e seg.) ad assegnare alla classe dei preparatori od a quella degli esecutivi taluni atti da loro considerati in astratto e senza riferimento alle circostanze specifiche della loro esecuzione.

incomincia ad eseguire appena si compiano atti materiali, che possono concretarsi anche nella provvista dei mezzi occorrenti, diretti alla sua perpetrazione.

Sicchè bisogna finire col riconoscere [1]), che il giurista non è in grado di escogitare alcun criterio, in base al quale si possano assegnare al tentativo punibile limiti diversi da quelli, che volgarmente si assegnano al tentativo concepito come nozione generica.

10. Ma il legislatore subordina la punibilità del tentativo alla condizione che l'esecuzione dell'azione delittuosa deliberata siasi incominciata con mezzi idonei.

Questa inclusione della sufficienza dei mezzi posti in opera e

---

[1]) E ciò in sostanza si riconosce dai fautori, oramai in Germania assai numerosi, della teoria soggettiva del tentativo. Ma se essi sono nel vero affermando, che se non costituisce tentativo la dichiarazione di voler commettere un reato, lo costituisce qualunque azione compiuta allo scopo di commetterlo, hanno però il torto di non essersi chiesti, se convenga persistere nel dichiarare genericamente punibile il tentativo, prescindendo dall'esame della qualità del reato, che si voleva commettere. Certo di questo esame in Germania si sente meno che non presso di noi il bisogno, perchè il Codice tedesco conservò (§ 1 e 43) la divisione francese dei reati in crimini e delitti, e la regola della punibilità del tentativo di quelli soli fra i delitti, rispetto ai quali il legislatore la abbia espressamente prescritta, ma appunto perchè la nozione del tentativo è in realtà così ampia, come von Buri imprese a sostenere (*Abhandlungen aus dem Strafrecht*, Giessen, 1862, pag. 53-87; *Zur Lehre von Versuche, Gerichtssaal*, a. XIX, pag. 60-80; *Ueber den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch, Gerichtssaal*, vol. XL, pag. 503-540), e le limitazioni, che si vogliono apporle riescono arbitrarie e fallaci, conviene domandarsi caso per caso non solo di quali reati convenga incriminare il tentativo, ma anche se rispetto ad alcuni non convenga limitarsi a dichiarare punibile soltanto il ricorso a quelli fra i molteplici modi di commetterli, che sembrino veramente meritevoli di eccitare la preoccupazione del legislatore. Ugo Meyer, dopo di avere successivamente esposti e combattuti ben undici criteri di distinzione, fa consistere il proprio nella distinzione fra risultato punibile o delitto *in concreto*, e risultato punibile o delitto *in astratto*. Tutto ciò, che è condizione del delitto, che specificamente si vuol commettere, appartiene alla sfera degli atti preparatori: gli atti, che sono condizione di quella specie di delitto, che si porrebbe in essere attuando il proposito criminoso, sono esecutivi (*Der Anfang der Ausführung*, Tübingen, 1892, pag. 22 e seg.). Nella applicazione di questo criterio, che conduce in sostanza a far consistere nell'azione consumativa del reato l'esecuzione di esso, incorre poi (pag. 24) nello stesso equivoco, nel quale è caduto il Napodano (v. nota 1 a pag. 203), quando afferma, che un omicidio si può commettere senza pistola e senza veleno (e perciò il procurarsi questo e quello costituirebbe un atto preparatorio), ma non senza un attacco mediato od immediato alla persona: l'omicidio non si può commettere se non uccidendo, e se per uccidere occorre compiere un'azione, che tenda all'uccisione, questa è iniziata, quando si procacciano i mezzi occorrenti alla attuazione del proposito omicida.

degli atti compiuti da chi vuol delinquere fra le condizioni, che devono verificarsi, affinchè esso sia punibile non costituisce certo una divergenza dal modo comune di apprezzare il tentativo.

Invero il concetto del tentativo è indipendente dalla entità delle forze, di cui dispone chi si studia di riescire al compimento di una data impresa, ma non si prescinde dal tener conto di essa nella valutazione dell'opera sua. Molto difficilmente il banchiere, che non ha fondi sufficienti per far fronte a tutti i pagamenti del mese in corso, concepirà gratitudine per lo sciocco, che sfortunatamente gli è amico, e richiesto da lui di danaro, non trovandosi ad averne, si affretta a divulgare per la città la notizia delle strettezze finanziarie confidenzialmente palesategli coll'intento di incitare alcuno fra i molti, che vengono così a conoscerle, ad accordare quella sovvenzione, che superava le sue forze economiche, e riesce invece a spaventare i correntisti, che ritirano i loro depositi, e ad affrettare la dichiarazione di fallimento, che senza il suo intervento avrebbe forse potuto venire ancora scongiurata. Nè è più agevole, che chi esercita una industria fiorente venendo a sapere, come altri provvisto di scarso peculio e sfornito di cognizioni tecniche ed incapace per insufficienza di criterio di valutare le difficoltà dell'impresa, a cui si accinge, si sia deciso a fargli concorrenza, se ne preoccupi, e si distolga dal pensare a cose più serie, per veder di frapporre inciampi al suo impianto.

Sebbene pertanto non si possa dire, che non tenta di delinquere chi si è accinto alla esecuzione di un delitto, che richiede per essere commesso forze superiori a quelle, di cui egli dispone, in massima pare, che non si debba prescindere dalla considerazione della qualità delle operazioni compiute per riescire alla perpetrazione del delitto, nel decidere, se il tentativo delittuoso sia punibile, a meno che si voglia ispirare l'amministrazione della giustizia penale a criteri diversi da quelli, che vengon trovati ragionevoli nella vita ordinaria.

Questa regola nel codice sardo era però stabilita soltanto in modo indiretto, e precisamente collo escludere dalla sua applicazione il tentativo di omicidio, alla punibilità [1]) del quale bastava, che i mezzi

---

[1]) Art. 536, abrogato per le provincie meridionali dall'art. 7 del decreto luogotenenziale del 17 febbraio 1861. La pena però se giungeva ad un massimo (20 anni di lavori forzati), che fatta astrazione da pochissimi casi riusciva non punto minore di quello, al quale si sarebbe arrivati, se essendo stati effettivamente adoperati i mezzi idonei già apparecchiati, si fosse dovuto applicare l'art. 98 invece del 536, aveva un minimo (tre anni di reclusione) notevolmente inferiore a quello a cui l'art. 98 avrebbe permesso di scendere (dieci anni di reclusione).

idonei alla consumazione di esso si fossero procurati dall'agente, sebbene poi per errore o non previsto accidente o per opera altrui avesse usati mezzi non idonei. Il codice toscano nè la formulava direttamente, nè col limitarne l'applicazione dichiarava di riconoscerne l'esistenza, ma tuttavia sotto il suo impero essa veniva comunemente ammessa senza alcun contrasto, nessuno avendo più osato in Italia dopo che il ROMAGNOSI [1]) ebbe data taccia di inconsiderato al FILANGIERI per averla disconosciuta [2]), di metterne in discussione la giustizia, fino a quando, determinatasi una corrente intesa ad imprimere alle discipline penali un indirizzo radicalmente diverso da quello in precedenza seguíto, la si indicò [3]) come uno fra gli esempi delle incongruenze, a cui il metodo combattuto conduceva i suoi seguaci.

Anche in Francia dottrina e giurisprudenza si pronunziarono [4]) concordemente per la non punibilità del tentativo eseguito con mezzi inetti a condurre alla consumazione.

In Germania invece la tesi contraria non priva di valenti fautori nel campo della dottrina [5]) prevalse nella legislazione [6]), fino a che

---

1) *Genesi del diritto penale*, Napoli, 1840, pag. 199 in nota.

2) Veramente FILANGIERI (*La scienza della legislazione*, t. IV, pag. 250, Venezia, 1796) non sostenne di proposito la punibilità del tentativo eseguito con mezzi inidonei, e senza distinguere fra il caso, in cui *l'evento non abbia corrisposto all'attentato* per la non idoneità del mezzo, e quello in cui la mancanza di corrispondenza dipenda da causa diversa, propugnò l'equiparazione del tentativo al delitto consumato nella quantità della pena.

3) GAROFALO, *La criminologie*, pag. 339 e seg., Parigi, 1895.

4) ROSSI, *Traité de droit pénal*, vol. II, pag. 79 e seg., Bruxelles, 1850; CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du code pénal*, vol. I, pag. 200 e seg. in nota, Bruxelles, 1863; ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, vol. I, pag. 454 e seg., 468 e seg., Parigi, 1886.

5) Sullo stato della dottrina al principio del secolo XIX v. WÄCHTER, *Lehrbuch des römischen Teutschen Strafrechts*, parte I, pag. 137, Stuttgart, 1825; BAUMGARTEN, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, pag. 233 e seg., Stuttgart, 1888; pel periodo posteriore v. gli scrittori indicati da VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, pag. 180 e seg., Berlino, 1894, ed inoltre HÄBERLIN, *Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln* (*Gerichtssaal*, a. XVI, pag. 218-246) e RUBO, *Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln* (*Gerichtssaal*, a. XVII, pag. 1-52).

6) Codice di Sassonia - Altenburg del 1841, art. 26 n. 3; codice del Würtemberg del 1830, art. 72 (abrogato colla legge del 13 agosto 1849); codice del granducato di Brunswick del 1840, § 36; codice di Hannover del 1840, art. 40; codice del granducato di Assia del 1851, art. 67; codice del granducato di Baden del 1845, § 110; codice del granducato di Nassau del 1849, art. 63; codice per gli Stati della Turingia del 1852, art. 23, n. 4; codice del regno di Sassonia del 1855, art. 42, n. 2.

i vari Stati che la costituiscono furon governati da leggi proprie, e quando per la loro fusione in un solo impero si ebbe un codice penale unico, che lasciava impregiudicata la questione, essa venne dalla giurisprudenza risoluta [1]) nel senso della indipendenza della punibilità del tentativo dalla idoneità dei mezzi.

Intanto in linea di fatto si deve incominciare ad osservare, che sebbene per fortuna non tutti i delitti giungano alla loro consumazione, come del resto ben spesso accade, che non si riesca neppure ad eseguire subito le cose più facili del mondo, quali sono l'accendere un fiammifero od introdurre un bottone nel suo occhiello, la perpetrazione di un delitto non va certo compresa nel novero delle imprese di così malagevole esecuzione, da richiedere per essere compiute mezzi e capacità, che si posseggano solo da un esiguo numero di individui privilegiati. Anzi sebbene il numero dei delinquenti sia minore di quello delle persone, che si astengono dal delinquere, come anche il numero dei malati è minore di quello dei sani, è assai maggiore il numero dei delitti, che si commettono, perchè il loro autore non si trovava in condizioni abbastanza buone fisicamente, intellettualmente, economicamente e sotto il punto di vista della forza del carattere per potersi astener dal delinquere, che non quello dei delitti deliberati senza potere per mancanza dei mezzi occorrenti riescire a consumarli. I delinquenti si reclutano fra i rifiuti e non fra la parte più eletta della società, e se talora accade, che delinquano uomini appartenenti alle migliori classi sociali e dotati di svegliatezza d'ingegno non comune e di animo risoluto, mentre molti fra i poveri e gli ignoranti ed i fiacchi di carattere si mantengono immuni da ogni reato, come accade pure, che molte persone gracili e conducenti una vita poco conforme alle regole dell'igiene arrivino ad una età più tarda di quella raggiunta da uomini robusti e scrupolosi osservatori delle cautele igieniche, da ciò si deve concludere non già, che occorra essere ricchi, educati, intelligenti ed energici per delinquere, ma che la ricchezza, l'educazione, l'intelligenza e la energia non bastano sempre a preservare dalla delinquenza.

È ben vero, che non si ha di fatto a deplorare la perpetrazione di tanti delitti, quanti se ne avrebbero a temere, ove si ponesse mente soltanto al numero delle persone, nelle quali il sentimento del dovere è così forte, da bastare da solo, indipendentemente dal sus-

---

[1]) V. in *Rivista penale*, vol. XIV, pag. 202 e seg., la sentenza del tribunale dell'impero del 24 maggio 1880 accompagnata da una assai diffusa nota critica ed illustrativa.

sidio di altre considerazioni, ad indurle ad uniformare ogni atto della loro vita alle norme giuridiche, ma ciò non dipende dalla difficoltà che presenta l'esecuzione dei delitti, la quale valga a distogliere dal tentarla, come impresa superiore alle loro forze, i molti, che pur non sarebbero alieni dallo accingervisi, sibbene da quella ben altrimenti grave e frequente di ricavare effettivamente dal delitto quei vantaggi, che gli individui meno riflessivi se ne ripromettono e di mantenere occulta la propria reità [1]).

11. Di regola generale devono pertanto ritenersi atti a delinquere tutti quelli, che al delitto si sono risoluti, sebbene essi possano poi riescire inetti [2]) a ricavare dalla perpetrazione sua quei risultati che se ne attendevano.

---

[1]) Se di ciò si tenesse conto non si insisterebbe forse tanto, come da molti si fa, nelle declamazioni sulla insufficienza e sui pericoli delle cure dirette in via principale all'educazione intellettuale dell'uomo, mentre in realtà è sopra di essa soltanto, che si può fondare una ragionevole speranza dell'effettivo miglioramento delle condizioni sociali. Chi non nuoce ad altri, perchè è convinto, che non potrebbe farlo, se non pregiudicando sè stesso, non ispira certo simpatia, nè rispetto; ma in lui si può avere maggior fiducia, che non in chi si astiene dal nuocere, perchè gli è stato detto, che il far male ad altri è azione immorale e peccaminosa, e tuttavia nella sua ignoranza ritiene, che dal nuocere ricaverebbe utile e soddisfazione.

Quando i freni morali e religiosi agiscono, le azioni che si compiono sotto la loro influenza assumono un carattere elevatissimo, e la loro esecuzione, oltre al riescire innocua o proficua agli altri, procaccia intime soddisfazioni a chi vi procede. Ma l'esperienza e la prudenza insegnano a non fare grande assegnamento sopra di essi, mentre la conoscenza della natura umana poi insegna per conto suo, che la morale non si diffonde se non coll'esempio, e che è cosa affatto vana il farne oggetto di istruzioni teoriche.

[2]) A tale eventualità di regola il nostro legislatore non attribuisce valore giuridico e solo può tenerne conto il giudice, nel far uso del potere discretivo concessogli rispetto alla determinazione concreta della quantità della pena. Tale sistema pare erroneo al prof. BARSANTI, che richiamandosi anche all'autorità di FARANDA e di CARRARA, in molteplici suoi scritti (*Del pentimento nei reati,* Macerata, 1886; lettera al prof. Lucchini in *Rivista penale,* vol. XXIV, pag. 173-177; *Del reato politico*, pag. 89-107, Macerata, 1887; *Applicazione della teoria del delitto esaurito ai reati contro la proprietà,* Orvieto, 1895; *Applicazione della teoria « reato esaurito » ai reati di peculato e di vuoto di cassa,* Roma, 1895; *Applicazione della teoria del reato esaurito alle falsità in giudizio,* Roma, 1898) propugnò l'aggiunta della figura del delitto esaurito a quelle ora ammesse del delitto tentato, mancato e consumato. Le considerazioni, sulle quali egli fonda tale sua proposta, sono in massima giuste, come venne riconosciuto da quelli, che interloquirono sulla questione da lui sollevata. Però mentre una esatta corrispondenza fra l'entità del reato e quella della pena non si può ad ogni modo stabilire, bisogna guardarsi dall'introdurre nuove cause di complicazioni e di incertezze nell'ammi-

Però appunto perchè si tratta di osservazioni di fatto non si deve pretendere di ricavarne senz'altro una regola generale e costante, ma occorre ricercare con diligenza, se esse riescano sempre vere.

Nè la falsificazione di una moneta è così agevole, quanto la perpetrazione di un furto; nè perchè una persona ragionevole non può a meno di considerare come uomo pericoloso colui, che, sia pure debolissimo ed ignorantissimo, ha maturato seriamente il proposito di uccidere alcuno, sarebbe ragionevole il ritenere, che a rendere pericoloso un uomo basti, che egli concepisca il proposito di rilevare indebitamente il piano di una fortificazione (art. 110), sebbene sia affatto digiuno di cognizioni militari, non abbia mai imparato a disegnare, ed il mandato di procedere al rilievo se lo sia conferito da sè, perchè avendo sentito dire, che altri ha guadagnato molto rilevando piani di fortezze per conto di governi stranieri, gli è venuto in mente di poter anch'egli procacciarsi simili proventi offrendo i i suoi scarabocchi ad un qualche console, del quale si crede amico, per aver avuto una volta l'occasione di raccattarne il cappello, che il vento faceva roteare lungo la strada. Se costui pertanto avendo anche fatta la sciocchezza di mettere a parte dei suoi grandiosi progetti i compagni d'osteria, venga seguíto dalle guardie ed arrestato mentre trasferitosi in luogo, il cui accesso non sia interdetto al pubblico, e dal quale si può vedere benissimo il forte, aveva estratta la carta e la matita, per incominciare il suo disegno, non mi pare probabile, che alcuno abbia a disapprovare la sentenza del magistrato, che lo manda prosciolto per la inidoneità dei mezzi, coi quali si era accinto a consumare il meditato delitto, ed a lamentarsi, che le sottigliezze dei giuristi lascino la sòcietà disarmata di fronte agli attacchi dei male intenzionati. Ma proteste e lamenti non mancheranno mai, quando l'applicazione della teoria della impunità del tentativo commesso con mezzi inidonei condurrà a mandare assolto da pena colui, che avendo risoluto di uccidere un suo nemico, si apposta in località prospiciente le finestre dell'abitazione di questo con un fucile caricato a palla, e, colto il momento in cui la vittima designata si

---

nistrazione della giustizia col cercare di avvicinarsi a questa inarrivabile meta. Forse la difficoltà si potrebbe superare disponendo, che il giudice non possa applicare il massimo della pena, quando il colpevole non ha raggiunto colla consumazione del delitto compiuto lo scopo, in vista del quale si era deciso ad agire; non possa applicargli il minimo, quando lo abbia raggiunto; e debba diminuire la pena normale d'una determinata quantità, che potrebbe fissarsi nella misura stabilita dall'art. 432, quando la mancata conseguzione dipenda da un salutare cambiamento di volontà verificatosi nell'agente.

affaccia, spiana l'arma ed inutilmente fa forza sulla coda del grilletto, che per un guasto irreparabile del meccanismo di scatto, dal quale l'arma è resa assolutamente inetta allo sparo, non può per modo alcuno provocare l'accensione della carica.

Ora a me pare, che fermando la propria attenzione sui due esempi addotti non si possa a meno di finir col rilevare, come fra essi interceda una differenza grandissima, della quale la teoria della idoneità dei mezzi non permette di tener conto, e la quale impedisce che una medesima soluzione possa riescire egualmente giusta per entrambi.

12. Se ben si considera, chiunque volendo uccidere un altro si provvede d'un ottimo fucile da guerra, ed armato di esso muove alla sua ricerca per le vie d'una popolosa città, adopera per l'attuazione del suo progetto un mezzo assai meno idoneo di quello, che sarebbe adoperato da chi allo stesso scopo si provvedesse d'una cattiva pistola. L'idoneità dei mezzi non può invero essere apprezzata in astratto, ma va riferita allo scopo, che col loro impiego si vuol raggiungere. Ora per uccidere non basta provvedersi d'un istrumento micidiale, bisogna anche, che esso sia tale, da non rendere assai probabile, che, prima che giunga il momento di adoperarlo, il suo uso diventi impossibile, per essersi conosciuto il fine, a cui per mezzo di esso si voleva giungere, da chi abbia volontà d'impedirne la consecuzione e forza sufficiente, per opporsi ad essa. E quindi può essere più idoneo a commettere un furto con scasso un grimaldello, che non una mazza ferrata, colla quale riescirebbe agevolissimo infrangere l'uscio, che chiude il locale, nel quale si vuol penetrare, perchè se col grimaldello si possono aprire soltanto le serrature meno complicate, esso ha il vantaggio di non richiamare l'attenzione del pubblico su colui, che lo porta, e di potersi adoperare senza produrre uno strepito, che abbia a far accorrere tutto il vicinato. Ma se il grimaldello è mezzo idoneo alla effettuazione dello scasso in mano di persona esperta nel suo maneggio, diventa un inutilissimo pezzetto di ferro per tutto il resto del mondo.

Evidentemente la distinzione fra mezzi idonei e mezzi non idonei mira a sceverare dalle azioni, che sotto il punto di vista oggettivo riescono pericolose, e sotto quello soggettivo manifestano nel loro autore attitudine a delinquere, quelle che si riducono alla sterile estrinsecazione del desiderio di diventar delinquenti non accompagnata dalla capacità di delinquere.

Per procedere però a questa distinzione in modo razionale bisogna non fermar l'attenzione soltanto sugli istrumenti eventualmente oc-

correnti alla produzione dei risultati, coi quali o per mezzo dei quali si consumerà il delitto, ma por mente altresì a tutte le circostanze, che ne accompagneranno l'uso.

D'altronde se non si può commettere un falso in scrittura privata se non si hanno gli istrumenti necessarî a scrivere, nè una falsità in monete senza quelli occorrenti al conio della moneta, molti delitti si commettono senza l'uso di alcun attrezzo, e non v'è ragione per credere, e nessuno ha mai creduto, che ad essi non si debba estendere la ricerca sulla idoneità dei mezzi. Taluno per truffare si provvederà di cose adatte ad ingenerare quelle illusioni, delle quali vuole indebitamente profittare: altri potrà fare non fallace assegnamento sopra la propria abilità nel mentire, e che anche con menzogne verbali dirette a cagionare ad altri un indebito nocumento patrimoniale si possa rendersi colpevoli di delitto, lo pone fuori di dubbio l'art. 293.

Se la parola *mezzo* si assume in senso materiale, si dovrà dire, che eguale è il mezzo adoperato da chi scegliendo accortamente la persona, colla cui intromissione vuol far circolare la falsa notizia, cerca di far credere agli abitanti d'una borgata sperduta nella montagna, che o pel prossimo passaggio di un numeroso corpo di truppe o per lo scoppio di gravi disordini si sta per andare incontro ad una grave penuria di viveri, a fine di vendere prontamente ad un prezzo esorbitante le provviste accumulate nei suoi magazzeni, e quello usato da chi tentasse una analoga frode in una città provvista di un ottimo servizio d'informazioni; si dovrà equiparare il tentativo commesso in momenti di agitazione atti a procacciar fede ai racconti meno verosimili, a quello compiuto in un periodo di calma perfetta.

I delitti non si consumano mediante azioni uniformi o riducibili ad un limitato numero di specie, rispetto alle quali sia seriamente proponibile la domanda, se sia possibile eseguirle senza appositi ordigni, ed in caso negativo, come debbano questi essere conformati per riescire idonei. Quando si parla di *mezzi* delittuosi, non si può a meno, se si vuol dire cosa che abbia un qualche senso, di riferirsi agli atti mediante i quali si fa conto di riescire a consumare il deliberato delitto.

È quindi mezzo idoneo alla consumazione dell'omicidio l'avvicinarsi inermi al proprio nemico, quando si abbia sopra di lui una tal prevalenza di forze da esser certi di poterlo uccidere a pugni od impedendogli la respirazione col serrargli fortemente la gola fra le mani vigorose, dato che si scelga un momento, in cui niuno possa

aiutarlo: è mezzo inidoneo il muovergli incontro equipaggiati come un soldato in guerra, quando si debba prevedere come cosa certa che la folla attirata dalla stravaganza dello spettacolo farà siepe intorno al singolare guerriero, e non gli permetterà di fai molti passi.

Ma così posti i termini della questione non è poi molto difficile il vedere, come se alcuno veramente vuole commettere un delitto, agisce per commetterlo, e non vi riesce, ciò non possa dipendere se non dalla inidoneità dell'azione sua. Questo è evidente, quando egli abbia eseguiti tutti gli atti, che si era proposto di compiere, per arrivare alla meta; giacchè se non ostante la loro esecuzione non è riescito a raggiungerla, il fatto dimostra, come essi non avessero l'attitudine loro attribuita da chi li compieva. Ma anche quando il fatto sia rimasto nei limiti tracciati dall'art. 61, e l'agente per circostanze indipendenti dalla sua volontà non abbia compiuto tutto ciò, che sarebbe necessario alla consumazione del delitto, che voleva commettere, si deve riconoscere, come egli abbia agito con mezzi inidonei una volta che per mezzi si intende di alludere non a congegni od attrezzi, bensì agli atti, sui quali si fa assegnamento, per riescire nell'attuazione del delittuoso proposito. Infatti la interruzione coatta dipenderà per lo meno dalla inopportunità del momento scelto per agire, la quale ha avuto per effetto di far sorprendere l'autore del tentativo nel corso di esso.

Ora il coefficiente del tempo non è certo il meno importante nella riuscita di qualunque impresa, sia essa delittuosa od onesta. Chi per svaligiare una bottega si procura una chiave falsa e di prima sera, mentre la via, nella quale questa è situata, brulica di popolo, arresta innanzi alla porta un carro destinato al trasporto della merce, e tranquillamente si accinge ad aprirla, ricorre indubbiamente ad un mezzo assai meno idoneo di quello posto in opera da chi, quando la notte è ben alta e le vie sono deserte, si accinge a scassinare la porta con un cattivo scalpello od altro istrumento, che può richiedere mezz'ora di lavoro.

13. Per non lasciare impuniti gli autori di qualunque tentativo fallito, senza d'altro canto esporsi a dover punire gli autori di imprese, la cui divulgazione non abbia ingenerato nel pubblico altro sentimento che quello dell'ilarità, può quindi parere opportuno di non subordinare la punizione del tentativo all'accertamento negli atti coi quali lo si è posto in essere, di quella effettiva idoneità, che ove sussista non può a meno di condurre alla consumazione, contentandosi

di riscontrare in essi una qualche attitudine a produrre il risultato, in vista del quale si sono compiuti [1]).

In realtà però nelle cose della natura non v'è uno stato intermedio fra l'attitudine e l'inettitudine a causare un dato fenomeno, sebbene l'ignoranza, in cui noi siamo, intorno alla precisa quantità delle loro forze, possa lasciarci incerti sulle conseguenze, che esse avranno. Questa incertezza diventa poi maggiore per l'ignoranza delle precise condizioni, nelle quali le loro forze si svolgeranno, e della qualità delle altre cose, sulle quali si esplicheranno. E ciò, che si dice delle cose, va riferito in genere a tutti i fatti, che si verificano nel mondo dei fenomeni.

L'esplosione d'un fucile carico a palla contro di un uomo è un mezzo idoneo alla consumazione dell'omicidio, in quanto che può avvenire, che il proiettile lo colpisca veramente e lo offenda in un organo vitale. Quanto maggiore sarà la probabilità, che questi fenomeni si verifichino, tanto maggiore diremo la idoneità del mezzo:

---

[1]) A questo risultato si è cercato di arrivare colla distinzione fra inidoneità assoluta ed inidoneità relativa (patrocinata da MITTERMAIER nel suo scritto *Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. I, pag. 183 e seg.) che però nel testo del codice non venne riprodotta. Ad essa si accenna nella relazione della commissione della Camera (n. LXXVI, pag. 91 della edizione dell'Un. Tip. Ed. 1888), ed in quella, colla quale il ministro accompagnò la presentazione del suo progetto di codice alla Camera (m. 411, pag. 235 della edizione dell'Un. Tip., 1888). Pare, che il Ministro e la Commissione della Camera, pur ritenendo che dovessero andare impuniti solo gli autori dei tentativi compiuti con mezzi *assolutamente* inidonei, abbiano ritenuto superfluo di dichiararlo, perchè la non idoneità relativa, secondo loro non è più *inidoneità*, ma *insufficienza*. Non è il caso di ricercare fino a qual punto tale distinzione sia fondata, e quanto sia corretto dire d'una cosa, che è insufficiente a produrne un'altra, ma idonea a produrla, perchè la necessità di non intendere alla lettera la parola *idonei* usata dal legislatore, se non si vuole rendere impossibile l'applicazione dell'art. 61 è manifesta, e per limitarne la portata è indifferente immaginare, che il legislatore abbia voluto dire *non assolutamente inidonei*, o che nella parola *idoneo* abbia voluto includere anche l'*insufficiente*. Saggiamente la Commissione del Senato (pag. 77 dell'edizione dell'Un. Tip. Ed., 1888) e quella di revisione (verb. n. XIII, pag. 191 dell'ediz. di Roma, 1889) avevano proposto di non far menzione di idoneità, nè di mezzi, ma il Ministro seguì il parere contrario, perchè gli venne fatto osservare *non mancare dottrine e decisioni giudiziarie che contrastino la necessità* (n. XXXV della sua relazione per l'approvazione del testo definitivo del codice, pag. 47 dell'ediz. di Roma, 1889) dell'estremo della idoneità dei mezzi. Per altro seguendo tale ordine di idee ed avrebbe dovuto includere nella definizione del tentativo anche l'estremo dell'idoneità della cosa, in confronto della quale si esplica l'attività dell'agente, a diventare oggetto, o soggetto passivo a seconda dei casi e della terminologia, che si voglia seguire, del reato, ed avrebbe potuto poi curare maggiormente la scelta delle parole, colle quali veniva a risolvere la questione.

mentre lo diremmo inidoneo, se fosse esclusa ogni possibilità, che essi abbiano a verificarsi.

Potrebbe essere un mezzo altrettanto idoneo il lanciare una pietra per mezzo d'una fionda, o lo scoccare un arco armato di freccia, in quanto fionda ed arco si maneggiassero da persone esperte. Ma essendo assai più difficile servirsi della fionda e dell'arco, che non del fucile, ed inoltre essendo oggidì cosa affatto eccezionale, che alcuno sappia adoperare siffatti istrumenti, molto facilmente, se taluno sia pure animato da sentimenti micidiali, per sfogarli, si armasse della fionda e dell'arco, che trasmessigli dai suoi antenati conservava in casa a titolo di curiosità, si troverebbero giudici disposti a dichiarare, che egli si è servito di mezzi idonei alla perpetrazione di un omicidio.

Che se poi taluno per uccidere spiana un fucile non carico o reso inetto allo sparo da qualche guasto oppure propina una sostanza innocua, tutti concordano nell'affermare, che egli si è valso di mezzi inidonei, sebbene poi da alcuni si sostenga, che ad ogni modo è giusto di punirlo per la estrinsecazione del proposito di uccidere.

Certo sono azioni innocue lo scatto di un fucile, la cui canna sia vuota, e la pressione esercitata sul grilletto di un fucile guasto, e l'ingerimento nel corpo umano di zucchero o di acqua pura: ma altrettanto innocuo è il passaggio di un proiettile ad un millimetro di distanza dal capo di un uomo.

Tutte queste azioni poi possono, pur non essendo direttamente pregiudizievoli all'integrità fisica di colui, contro il quale si esplicano, riescire tuttavia nocive per lo spavento da lui provato, in quanto non sapeva che l'arma era scarica o guasta e che chi voleva avvelenarlo si è ingannato nella scelta della sostanza propinatagli, o pensi alla eventualità di un percorso diverso da quello, che il proiettile ha di fatto seguíto, o di una ubicazione sua diversa da quella, nella quale si trovava, quando esso è passato. Come non ha ragione di temere, salvo che pensi alla ripetizione di altri attentati con mezzi diversi, chi sa che l'arma spianata contro di lui non è atta a far partire il colpo, o che il cibo e la bevanda offertigli non sono velenosi, così non avrebbe ragione di temere quello nella cui direzione si esplode un'arma carica, se avesse l'assoluta certezza che il proiettile gli passerà accanto senza toccarlo. È il pensare alla possibilità del contrario ciò, che fa dichiarare pericolosa ed idonea alla consumazione dell'omicidio l'esplosione dell'arma caricata a palla. Ma come sarebbe stato possibile, che chi sparava avesse mirato meglio od avesse avuta mano più ferma, così sarebbe stato anche possibile, che

chi ha spianata l'arma vuota o guasta od ha gettato dello zucchero nell'altrui bicchiere, avesse usata diligenza maggiore nell'assicurarsi della qualità del mezzo, col quale voleva consumare l'omicidio. Ad uccidere è tanto inidoneo l'atto di chi impugna un'arma inetta allo sparo, quanto quello di chi fa partire un colpo inetto a cogliere quello contro del quale spara, ma idonei all'uccisione devono dirsi entrambi, se si prescinde dalla eventualità, che li ha resi innocui.

La differenza fra l'un caso e l'altro sta soltanto nell'essersi questa eventualità manifestata più o meno presto, e di questa circostanza si potrà tener conto nella determinazione della pena, giacchè essa influisce sulla entità del pericolo; ma non si deve dichiarare, che l'azione non è mai stata pericolosa, solo perchè ha cessato dall'esserlo dopo la manifestazione sua. Chi volendo avvelenare va da un farmacista o da altra persona, che è provvista di veleni, e cerca di ottenere i mezzi per la consumazione del veneficio, fa cosa idonea alla perpetrazione di esso, come fa cosa idonea alla perpetrazione del delitto deliberato chi, volendo uccidere con arma da fuoco, comincia dal cercare di procurarsela. Se non vi riescono, il pericolo corso dai loro nemici sarà forse minore di quello corso da colui, contro il quale l'arma si è inutilmente esplosa, ma un pericolo lo avranno corso pur sempre.

Sicchè la questione sulla idoneità dei mezzi finisce col riannodarsi a quella sul principio d'esecuzione.

Chi nel tentativo vede l'esecuzione della deliberazione delittuosa, quando parla di mezzi idonei a delinquere si riferisce genericamente sia alle cose, sia ai fatti, mediante cui la deliberazione è o può venire attuata; e quindi fra i mezzi per delinquere pone la ricerca degli istrumenti eventualmente occorrenti per la consumazione di un reato, e ritiene che anch'essa possa bastare a rendere responsabili di tentativo.

Col segare il ponte, sul quale si sa che passerà colui, che si vuole uccidere, si cerca di convertirlo in istrumento di morte; come si fabbrica un istrumento di morte da quello, che volendo uccidere parecchie persone a un tempo costruisca una batteria simile a quella ideata da Giuseppe Fieschi. Eppure questi fatti possono verificarsi in circostanze, che non lascino cader dubbio sulla risoluzione criminosa, che per mezzo loro si estrinseca, e la loro esecuzione può rappresentare uno stadio assai più prossimo alla consumazione di quello posto in essere dalla esecuzione di atti successivi all'acquisto degli istrumenti di morte.

Il servo mandato a comprare una medicina, che richiede invece

al farmacista un veleno, o che invece di andare alla farmacia si reca presso di chi ritiene disposto a fornirgli il veleno, compie un atto, che espone la vita del padrone ad un pericolo assai più grave ed imminente di quello, al quale si troverebbe esposta la vita di colui, cui altri dopo d'averla con lunghe cure apparecchiata porga la bevanda avvelenata, essendo probabile, se il veleno ne ha anche per poco alterato il gusto, che questi non ne inghiotta se non una piccola quantità, mentre il malato non si astiene dal prendere la sostanza, che crede essere la medicina ordinatagli, per quanto la trovi amara o disgustosa.

Nella perpetrazione dei reati le modalità di tempo e di luogo possono assumere una importanza ben maggiore di quella della specialità dello strumento occorrente alla consumazione, e può benissimo succedere, che taluno intraprenda una serie lunga di atti diretti alla uccisione di un altro, quali sarebbero l'apertura di trattative dirette a farlo recare in una casa isolata, l'allontanamento delle persone che potrebbero difenderlo, l'esecuzione di lavori adatti ad impedire, che al di fuori si senta lo strepito, se dovesse farsene, od a permettere di occultare prontamente il cadavere, prima che abbia pensato all'acquisto del coltello o della pistola, che gli servirà ad ucciderlo.

Sicchè non è col subordinare l'irrogazione della pena alla condizione, che già si siano acquistati istrumenti adatti alla consumazione del reato, e che si sia incominciato, se non ad adoperarli, giacchè allora in molti casi si ritornerebbe a far coincidere l'esecuzione colla consumazione, a mettersi in condizione da adoperarli prossimamente, che si può sperar di riescire a tracciare un limite razionale e preciso fra le azioni, che non possono lasciarsi impunite senza pericolo per la società, e quelle che non devono punirsi, se non si vuol convertire la pena in una dispendiosa persecuzione di ambigue tendenze o di progetti chimerici.

14. In seno alla Commissione nominata nel 1866 dal guardasigilli De Falco coll'incarico di elaborare un progetto di codice penale, Mancini [1]) proponeva di dichiarare non esservi tentativo punibile quando nelle speciali condizioni del fatto fosse impossibile la consumazione del delitto per la natura del fine, ma la commissione respingeva la sua proposta, esplicitamente dichiarando però, che seb-

---

[1]) *Il progetto di codice penale e di polizia punitiva pel regno d' Italia*, Firenze, 1870, vol. I, pag. 219 e seg. La proposta del MANCINI si estendeva anche alla ipotesi della impossibilità dipendente dalla non idoneità dei mezzi, ed in questa parte essa finì col trovare accoglimento nel testo definitivo del codice.

bene non ritenesse (e nel non ritener ciò concordavano sei commissari contro tre) opportuno esprimere nel codice la massima della non punibilità del tentativo diretto al raggiungimento d'un fine non conseguibile, ne ammetteva (ed in ciò tutti furono unanimi) la esattezza.

Anche in ordine ad essa va riconosciuto, che salvo ad essere inesatto il modo nel quale talora vien formulata, perchè la nozione del tentativo è indipendente così dalla entità dei mezzi, di cui si dispone, come dalla qualità del fine, al quale si tende, e non è quindi vero, che una impresa di impossibile esecuzione non si possa tentare, è perfettamente ragionevole e consono ai criterî, che si seguono nella vita comune, di preoccuparsi solo dei tentativi diretti all'attuazione di progetti realizzabili. Però rispetto ad essa va anche subito rilevato, come per avere l'esempio di tentativi diretti alla consumazione di reati, la cui perpetrazione sia impossibile, occorra riferirsi a legislazioni, che abbiano prevedute come reato ipotesi fantastiche, quali sarebbero il commercio col demonio, ed altre simili.

I delitti raffigurati nel codice nostro sono perpetrabili tutti, sebbene la possibilità della loro perpetrazione concreta vada naturalmente subordinata al concorso effettivo delle circostanze presupposte dalla loro rispettiva nozione.

Siccome però se di furto e di omicidio si può parlare in astratto e prescindendo dal riferimento ad una determinata persona, le azioni umane son cose concrete, e perciò ogni furto ed ogni omicidio presuppone una data cosa altrui ed una data persona viva, può accadere benissimo, che quel tale furto e quel tale omicidio, che da alcuno si voleva commettere sia d'impossibile consumazione, per la mancanza di questa cosa o di questa persona, e tale impossibilità può poi essersi manifestata soltanto al momento dell'azione od essere permanente, a seconda che si tratta di inesistenza o di semplice lontananza dal luogo, nel quale l'azione si è esplicata.

È chiaro come vedendo nel tentativo una frazione del delitto consumato si debba essere condotti a dichiarare, che in simili casi non si ha una entità, la quale possa formar obbietto di punizione, come effettivamente lo si dichiara in Italia [1]) dall'opinione comune [2]).

---

[1]) In Germania anche su questo punto è prevalsa nella giurisprudenza l'opinione contraria. Per lo stato della dottrina e per la legislazione particolare anteriore al codice dell'impero il lettore italiano può consultare con frutto la copiosissima nota apposta alla sentenza 10 giugno 1880 del Tribunale dell'Impero nella *Rivista Penale,* vol. XV, pag. 243 e seg.

[2]) E di essa si fecero eco nelle loro relazioni il Ministro (n. 411 della relazione alla Camera, pag. 235 e seg. dell'ed. dell'Un. Tip. Ed.) e la Commissione della Camera (n. LXXVI, pag. 92 dell'ed. dell'Un. Tip. Ed.).

Ma tale dichiarazione potrebbe essere formalmente corretta solo quando, non essendosi dalla legislazione provvisto alla incriminazione esplicita del tentativo, la giurisprudenza avesse proceduto alla estensione delle comminazioni penali stabilite contro gli autori dei vari delitti a coloro, che avessero tentato di commetterli.

Data una legislazione, che incrimini il tentativo, di colui, che non è riescito a consumare un delitto, perchè la sua consumazione era impossibile, non può dirsi, che egli non vada punito avendo fatta una cosa diversa da quella, in vista della quale è comminata la pena, e non già una parte di ciò, che è punibile. A lui si tratta di applicare non una parte della pena comminata contro chi abbia consumato il delitto, ma la pena comminata contro chi abbia tentato di consumarlo.

Ora chi colpisce un uomo morto non potrà certo riescir mai ad ucciderlo; ma per pensare alla possibilità della uccisione di colui, contro il quale si sia inutilmente esploso un colpo d'arma da fuoco o si sia spianata l'arma senza riescire a far fuoco, per essersi scelto un momento ed un sito, che abbiano dato luogo alla sorpresa di chi voleva sparare per parte di persone, che gli abbiano impedito di farlo, bisogna riferirsi all'ipotesi d'una ripetizione di atti analoghi a quelli, che si sono infruttuosamente compiuti, la quale si verifichi in circostanze diverse.

Quindi siccome il legislatore nel procedere alla incriminazione dei fatti umani tien conto non della lesione del diritto privato, la quale nè basta ad imprimere il carattere di reato a tutti i fatti, che ad essa diano luogo, nè si riscontra in tutti i reati, ma della violazione del diritto sociale; è il caso di chiedersi, se basti la circostanza, che colui che si vuole uccidere sia già morto, per rendere ingiusta la punizione di chi abbia compiute azioni dirette a farlo morire.

La considerazione dei pericoli, a cui sarebbe esposta la libertà dei cittadini, se ai giudici fosse lecito estendere per analogia le pene comminate contro chi abbia commesso un determinato fatto a chi ne abbia compiuto uno simile; la preoccupazione dei mali gravissimi inerenti ad una amministrazione della giustizia penale non vincolata ad una rigorosa aderenza al testo della legge e resa a seconda degli apprezzamenti individuali di chi presiede ad essa, devono certo indurre a persistere nella distinzione fra il delitto effettivo ed il delitto putativo: ma la circostanza che in un determinato fatto non si riscontrino gli estremi del reato, che il suo autore voleva commettere e credeva di commettere con esso, non basta davvero ad escludere, che in esso si possano riscontrare gli estremi di un reato diverso.

Per escludere, che chi pugnala un cadavere, credendo di togliere la vita al proprio nemico addormentato, sia colpevole di tentativo, bisogna attribuire alla frase *cominciamento di esecuzione* un senso, che quando le competesse renderebbe sempre impossibile l'applicazione concreta della pena del tentato omicidio. Ed invero se non ha senso il parlare di cominciamento di esecuzione della uccisione di un morto, non ha senso maggiore il parlare di cominciamento di esecuzione della uccisione di un vivo, mentre la morte d'un uomo è un avvenimento, che può talora essere stato provocato da una serie lunghissima di atti, ma, rappresentando il limite della vita, non è più frazionabile di quanto lo sia il punto matematico. Se si tien presente, che ciò, che si comincia ad eseguire da chi tenta un reato non è se non il proposito delittuoso da lui concepito, allora tosto si scorge, come non basta, che l'impresa, che si vuol compiere sia un omicidio, perchè sconvolgendo la nozione del tentativo si abbia a subordinare la possibilità di questo alla possibilità dell'esecuzione dell'impresa tentata. In realtà bisogna sempre, che si tratti di una impresa, la cui esecuzione era impossibile, affinchè se ne abbia soltanto il tentativo per parte di chi voleva effettuarla; e sebbene la limitazione delle nostre cognizioni ci induca a porre il possibile fra l'impossibile ed il necessario, come qualche cosa di intermedio fra l'uno e l'altro concetto, la possibilità corrisponde ad uno stato soggettivo di incertezza e non rappresenta alcuna modalità oggettiva delle cose.

15. Ma quello, che s'è detto relativamente alla idoneità dei mezzi, va ripetuto a proposito della idoneità dell'oggetto.

La nozione del tentativo è indipendente da questa come da quella: nell'apprezzamento del tentativo si deve tener conto dell'una e dell'altra.

La questione sta nel trovare il modo di procedere ad una valutazione, che pur essendo priva di quella precisione matematica, alla quale sarebbe un'utopia l'aspirare nell'apprezzamento delle azioni umane, non ne disconosca i tratti più rilevanti e caratteristici.

Mentre la nozione del tentativo è di sua natura generica, l'apprezzamento di esso non può essere che specifico.

Per decidere se alcuno ha tentato di uccidere bisogna evidentemente ricorrere allo stesso criterio, in base al quale si stabilisce se un altro ha tentato di dare uno schiaffo, e questo sta nella esecuzione di azioni rispettivamente dirette ad uccidere od a schiaffeggiare. Ma anche se si prescinda dal tener conto della gravità enormemente diversa, che intercede fra le due imprese, che si volevano compiere, dovrebbe esser chiaro, come dalla convenienza di punire

chi ha cercato di uccidere senza riescirvi, non si possa argomentare alla opportunità di punire anche chi ha inutilmente tentato di colpire il suo avversario nel viso, giacchè la facilità incomparabilmente maggiore della cosa induce ad escludere in chi dopo che il suo braccio fu trattenuto da un astante, non ha profittato della libertà restituitagli per applicare effettivamente quel ceffone, che la prima volta aveva misurato soltanto, quella fermezza di volere, che in difetto della lesione effettiva d'un interesse specifico sola può legittimare l'esplicazione del magistero punitivo.

Il codice penale francese del 1791 aveva segnata agli art. 13 e 15 la via giusta a seguire in questa materia, e se l'assassinio ed il veneficio non sono gli unici reati, dei quali si debba punire il tentativo, conveniva riparare alla lacuna prendendo successivamente ad esame tutti i varî reati, impresa non troppo malagevole, perchè se svariatissimi sono i modi di delinquere, limitato e non eccessivamente grande è il numero dei tipi di reato creati dal legislatore, per vedere rispetto a quali sembrasse opportuno di non subordinare l'applicazione della pena alla loro consumazione, e non già estendendo genericamente la regola della punibilità del tentativo ad una intiera classe di reati, senza chiedersi prima se questa riesciva consona ad ognuno di essi, come si fece colla legge del 20 pratile anno IV, trasfusa nell'art. 2 del codice del 1810, superato poi nel vizio della genericità dalle legislazioni italiane, che estesero la regola a tutti i reati diversi dalle contravvenzioni.

Sicchè opponendosi la diversità dell'indole dei varî reati a che le azioni compiute per commetterli vengano giudicate ad una medesima stregua, era naturale che la materia del tentativo rimanesse in uno stato di incertezza e di confusione poco minore di quello, nel quale essa era nel medio evo, studiandosi ogni scrittore [1]) di sostituire una regola diversa a quella, che si era appalesata inadatta a condurre alla soluzione di ogni questione, invece di chiedersi, se per avventura non si trattasse di questioni non suscettive di venir risolute in modo uniforme.

---

[1]) Tra i varî tentativi fatti per formulare una teorica razionale e precisa del tentativo merita di essere segnalato quello del COHN, che scrisse un libro di 699 pagine (*Zur Lehre vom Versuchten und unvollendetem Verbrechen*, Breslau, 1880), che avrebbero dovuto essere il primo volume dell'opera da lui ideata sul tentativo, ed al quale tenne invece dietro un volumetto d'indole polemica (*Die Grundsätze über den Thatbestand der Verbrechen und der heutige Gattungsbegriff des Versuches*, Breslau, 1889), frutto di diligenti ed acuti, se non molto fecondi, studî, sulla materia, per dimostrare, che l'attività delittuosa non sta all'evento, che ne è il risultato, nel rapporto di causa ad effetto, ma in quello di premessa a conseguenza.

Ed appunto perchè ciò avrebbe pure condotto ad una soluzione uniforme, mentre disformi sono i casi a cui si tratta di provvedere, dovevano restare prive di seguito anche le proposte di bandire dal campo scientifico e legislativo la teorica del tentativo avanzate da taluni scrittori [1]), che ebbero almeno il merito di essersi reso conto

---

[1]) MARTIN (*Lehrbuch des deutschen gemeinen Criminalrechts*, Heidelberg, 1829, pag. 110), del quale riprodusse la proposta BUCCELLATI (Rendic. dell'Istit. Lomb. 15 novembre 1883 e lettera aperta al prof. Brusa pubblicata nell'Ateneo Veneto gennaio-febbraio 1884 come prefazione al lavoro fatto in comune al prof. Ferrini. *Il tentativo nelle leggi e nella giurisprudenza romana,* al quale tenne dietro nel fascicolo luglio-agosto del medesimo giornale nel medesimo anno sotto il titolo; « *Ancora sul tentativo nel diritto romano* » una accurata ed acuta critica dello scritto pubblicato dal SEEGER sullo stesso argomento, fondandosi però su argomentazioni affatto indipendenti, voleva fare della esplicazione d'attività criminosa non seguíta dal successo una trasgressione di polizia. PIZZOLI (*Eco dei Tribunali,* a. X, pag. 249-252, 256-260) approssimandosi maggiormente al vero si chiedeva se non si potesse fare a meno d'impelagarsi nelle difficoltà inestricabili inerenti alla determinazione del concetto dell'esecuzione del delitto, in quanto si abbia a constatare, come l'esplicazione dell'attività indirizzata alla conseeuzione d'un fine delittuoso assai prima di condurre al raggiungimento di questo implichi la consumazione d'un qualche delitto, che sebbene minore di quello che si vorrebbe commettere, legittimi già l'irrogazione d'una pena sufficiente a tutelare la società dal male intenzionato, riescendo così superflua l'incriminazione a titolo di tentativo degli atti corrispondenti ad una qualche figura di delitto perfetto. Ora non è certo mediante un più accurato riscontro dei vari fatti, dei quali attualmente si giudica in base alla teoria generale del tentativo, colle singole disposizioni del codice, che si può render superfluo il ricorso a tale teoria, perchè se è vero, che in molti casi il fatto, nel quale si ravvisa tentativo d'un delitto maggiore, costituisce già un delitto perfetto, sebbene minore, in non pochi altri si può avere una esplicazione d'attività, che sarebbe sconveniente lasciare impunita, senza che siansi ancora posti in essere gli estremi d'alcun reato. Non sempre per uccidere o per rubare conviene prima procedere ad atti punibili indipendentemente dalla considerazione dello scopo, cui sono diretti: taluno può voler uccidere stando appostato con un'arma da fuoco in un proprio edifizio, altri potrà voler rubare coll'introdurre la mano nella tasca altrui. L'effrazione, la violazione di domicilio, l'imbrandimento minaccioso delle armi e tutti gli altri fatti, che mentre possono costituire avviamento verso un delitto ulteriore già esauriscono gli estremi d'un qualche reato, costituiscono una larghissima parte degli atti, che si considerano come esecutivi, ma non la totalità di essi. Però ben si apponeva il PIZZOLI nel suggerire di procedere ad uno studio più dettagliato della parte speciale del diritto penale, per escire dalle difficoltà inerenti alla teorica del tentativo, salvo che tale studio non deve già consistere in una analisi del diritto costituito intrapresa colla speranza di rinvenire in esso norme sufficienti alla determinazione della responsabilità penale di tutti quelli, che son stati arrestati a mezzo del cammino delittuoso, bensì in una ricerca delle regole, che van proposte all'approvazione del legislatore, affinchè a tale determinazione si possa sicuramente procedere.

delle ambiguità e delle contraddizioni, che la travagliavano e di non aver tollerato di dichiarare chiaro e preciso un concetto, che ha bisogno di venire espresso con una formula, quale è quella del principio di esecuzione, così indeterminata da permettere ad ognuno di interpretarla nel modo, che più gli piace, e che viene ammessa da tutti precisamente perchè nessuno è in grado di precisar bene, che cosa voglia significare.

Se la teorica del tentativo ha potuto per l'addietro nella pratica attenuare da un lato le asprezze di leggi eccessivamente severe, e colmare dall'altro le deficienze legislative, la constatazione della sua insufficienza a fornire criterî sicuri per la valutazione degli atti intermedî fra la risoluzione criminosa e l'attuazione di essa non deve più tardare a condurre a chiedere allo studio della parte speciale del diritto penale la soluzione delle difficoltà, che finora inutilmente si cercò di superare nella trattazione della parte generale.

Nè le innovazioni, che si tratterebbe di introdurre nell'attuale legislazione, sono molto rilevanti, mentre rilevantissimo è il vantaggio, che si ricaverebbe da esse sotto il punto di vista della chiarezza e della precisione delle disposizioni della legge penale, a cui farebbe riscontro una maggiore regolarità ed uniformità nella irrogazione delle pene. Imperocchè già molto si è fatto nel campo del diritto positivo, per sottrarre alla incertezza la valutazione dei fatti punibili, benchè non produttivi del risultato, al quale erano indirizzati, e poco è quello, che ancora resta a fare, per eliminare ogni possibilità di siffatta incertezza.

CAPO II.

Divisione del tentativo in delitto tentato e delitto mancato.

16. Il nostro legislatore distingue due specie di tentativo, alla prima delle quali e nella dottrina e nella pratica si suol dare il nome di tentativo in senso stretto o di delitto tentato, mentre l'altra viene comunemente chiamata delitto mancato [1]).

La differenza fra esse consiste nell'essersi o non essersi compiuto *tutto ciò che è necessario alla consumazione del delitto,* per commettere il quale si è agito.

Ora poco ci vuole a vedere, come per dare un senso ragionevole a questa formula, la quale d'altronde riassume gli insegnamenti dei

---

[1]) Questa terminologia è d'origine prettamente francese, essendo stata introdotta dall'art. 2 del codice del 1810, che prevedeva distintamente l'ipotesi della interruzione fortuita degli atti esecutivi del reato e quella della mera mancanza del risultato, che da essi si riprometteva l'agente, sebbene poi le equiparasse agli effetti penali. Prima la seconda di tali alternative si distingueva colla denominazione di conato prossimo o pretergresso, o delitto finito, o perfetto, o frustrato. Afferma per altro CARRARA (*Opuscoli,* vol. III, Lucca, 1870, pag. 104 in nota), che fra il concetto, che gli altri scrittori si facevano del conato prossimo o pretergresso, o del delitto finito o perfetto, e quello che il ROMAGNOSI si fece del delitto frustrato passa una differenza sostanziale, la quale consisterebbe in ciò, che secondo il Romagnosi a costituirlo non basterebbe uno svolgimento completo dell'attività criminosa dell'agente, ma occorrerebbe ancora che questo svolgimento avesse resa molto probabile la consumazione. Veramente nessuno degli scrittori prossimi al Romagnosi rilevò tal differenza (v. CARMIGNANI, *Iuris criminalis elementa,* Pisa, 1819, vol. I, pag. 93; *Teoria delle leggi della sicurezza sociale,* Pisa, 1831, tomo II, pag. 334 e seg.; GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale,* Macerata, 1840, tom. I, pag. 132; MORI, *Teorica del codice penale toscano,* Firenze, 1854, pag. 71, il quale rileva anche l'origine francese della locuzione *delitto mancato),* e forse se non avesse avuto bisogno di sostenere tesi analoghe a quella, che chi aveva esplosa un'arma da fuoco senza uccidere avrebbe potuto non contentarsi di far ciò, ma prima di far partire il colpo avrebbe altresì potuto approssimarsi maggiormente alla persona contro cui sparava (nel caso concreto il colpo era stato esploso alla distanza di sedici braccia toscane), non se ne sarebbe accorto neppur egli.

nostri migliori scrittori [1]), e già era stata adoperata in altre leggi [2]), occorra dare alla parola necessario non il senso, che naturalmente le compete, ma un significato diverso, che occorre determinare studiando la teoria, alla quale il nostro legislatore ha informate le sue disposizioni.

Infatti, se alcuno fa tutto quanto è effettivamente necessario alla consumazione di un reato, è evidente, che la conseguenza dell'opera sua sarà appunto questa consumazione, e che, se essa non si verifica, ciò non può dipendere se non dal non essersi fatto propriamente tutto quello, che era necessario a produrla.

Per uccidere un uomo ad esempio non basta vibrargli un colpo di pugnale o spararagli contro un fucile, ma occorre ancora far penetrare il ferro od il piombo nel suo corpo in modo da offenderne gli organi vitali. Se il pugnale si spunta contro una corazza, o se la palla percorre una traiettoria diversa da quella, che l'avrebbe condotta a colpire colui, al quale era destinata, si è verificato bensì un fatto analogo a quelli, che altre volte hanno avuto per effetto di produrre un omicidio, perchè si sono verificati in condizioni o con modalità diverse, ma non si è fatto quanto era necessario per consumare quel tale omicidio, che si voleva perpetrare.

Il Carrara, quando analizzando la definizione del delitto mancato da lui proposta, e che corrisponde alla nozione data nel nostro codice degli elementi costitutivi di questa figura criminosa, giunge [3]) a spiegare, che cosa si debba intendere per atti necessarî alla consumazione, dice, che onde si abbia tale estremo occorre, che tra il mezzo scelto e l'evento, che si vuol dire mancato, corra un rapporto di

---

[1]) PUCCIONI, *Saggio di diritto penale,* Firenze, 1858, pag. 84 e seg.: CARRARA, *Programma,* Parte generale, Lucca, 1871, pag. 276 e seg.; PESSINA, *Elementi di diritto penale,* Napoli, 1882, vol. I, pag. 249. Evitava per altro di servirsi della parola *necessario* nel dichiarare in che cosa consista il delitto mancato il NICOLINI (*Le quistioni di diritto,* Napoli, 1888, parte I, pag. 245).

[2]) Fra i codici tedeschi parlavano di esecuzione di tutti gli atti necessarî alla consumazione del reato quello del Württemberg del 1839 (art. 64, che venne però abrogato colla legge 13 agosto 1849, la quale accomunava il delitto tentato al mancato); quello di Hannover del 1840 (art. 33); quello di Assia del 1856 (art. 68); quello di Baden del 1845 (§ 107); quello di Nassau del 1849 (art. 64); quello di Turingia del 1850 (art. 23): pel codice di Sassonia del 1855 (art. 40) il tentativo finito consisteva invece nella esecuzione per parte del colpevole di tutti gli atti *da lui ritenuti* necessarî alla consumazione del reato, concetto criticabile certo sotto il punto di vista giuridico, ma almeno non intrinsecamente illogico.

[3]) *Programma,* Parte generale, Lucca, 1871, pag. 277 e seg.

causa ad effetto nel corso ordinario delle cose; il che equivale a dire, che si ha il delitto mancato, quando l'agente ha compiuto quelli atti, che ordinariamente sogliono produrre il reato da lui deliberato. Ma con ciò in sostanza si fa dipendere l'assegnazione di un dato fatto alla categoria dei delitti tentati od a quella dei mancati da un apprezzamento individuale intorno alla maggiore o minore probabilità della riuscita.

Ed invero il Carrara ritenendo, che ordinariamente, se si esplode contro di alcuno un'arma da fuoco senza prima aver presa la mira, non lo si colpisce, insegna [1]), che non basta lo sparo dell'arma a costituire il reato mancato, se prima non si sia mirato. Ma allo stesso modo potrebbe dirsi, che ordinariamente non si colpisce nel segno, benchè si sia presa la mira, se non si bada a far fuoco proprio nel momento, in cui si riesce a mettere la bocca della canna nella direzione voluta, e se non si fa attenzione a non farla deviare nel tirare il grilletto, per produrre lo scatto. Sicchè propriamente non vi è altro criterio, per dichiarare completo il novero degli atti necessarî a produrre un dato risultato, che quello desunto dalla prova della loro sufficienza a produrlo, fornita dal fatto.

Ciò in taluni casi non apparisce abbastanza chiaro, in quanto il risultato sembri essere fallito non per la insufficienza degli atti eseguiti dall'agente, ma per l'intervento fortuito di circostanze perturbatrici che hanno impedito a questi atti di esplicare la loro potenza normale o pel mancato intervento di circostanze favorevoli, sulle quali l'agente faceva assegnamento. Questa però è una inesatta maniera di apprezzare il rapporto intercedente fra la deliberazione umana ed il risultato, che costituisce l'oggetto di tale deliberazione, dipendente soltanto da erronei concetti intorno al nesso causale.

---

[1]) *Programma,* Parte generale, Lucca 1871, pag. 276 e seg.; Parte speciale, vol. I, Lucca, 1868, pag. 373 e seg. Pare, che questo suo insegnamento abbia indotto alcuno a fargli osservare, che allora neppure quando il colpo sia andato fallito, perchè, mentre partiva, tremava la mano del reo, si avrebbe una figura di delitto mancato. A ciò egli rispondeva (*Opuscoli,* vol. III, Lucca, 1870, p. 110 in nota), che *per fare questo obietto bisogna non capir niente. Il tremare della mano non è un modo d'agire scelto dalla sua volontà. È un vero accidente da lui non previsto nè calcolato.* Ma solo la confidenza, che gli altri e lui stesso avevano nella sua forza dialettica, che invero fu grande, ma della quale non sempre usò rettamente, lo poteva indurre a credere d'avere con tanta facilità risoluta la difficoltà che gli si era proposta. Il tremar della mano non è certo un modo d'agire scelto da chi voleva uccidere, ma l'impugnar l'arma con mano tremula lo è; chi vuol colpire deve od appoggiar l'arma ad un sostegno, se il tremolio della mano è incessante, o far partire il colpo nel momento, in cui esso non si verifica, se la sua verificazione si manifesta ad intervalli.

Affinchè per giungere da un dato punto ad un altro basti avviarsi nella direzione della linea tracciabile fra questi due punti occorre, che fra essi non si frapponga alcun ostacolo: altrimenti l'arrivo sarà impossibile fino a che l'ostacolo esistente non sia rimosso o superato. Dicendo, che la locomozione ordinariamente è sufficiente a far pervenire ad una data meta, non si viene quindi in sostanza a dir altro, se non che di consueto fra il punto di partenza e quello di arrivo non vi sono barriere insormontabili. L'impotenza a superare la barriera può dipendere dal non aver saputo proporzionare alla resistenza che avrebbe opposta i proprî mezzi, o dal non averla prevista e non essersi quindi neppure forniti dei mezzi adatti.

Ogni qualvolta pertanto la consumazione del reato sia venuta meno per l'intervento di una causa, che abbia paralizzata l'efficacia dannosa dei fatti esecutivi, converrà riconoscere, che ai fatti compiuti dovevano aggiungersene o sostituirsene altri sufficienti a neutralizzare a loro volta l'influenza di tale causa, perchè si potesse dire che l'agente aveva compiuto tutto ciò che era necessario alla consumazione.

Bisognerebbe che per gli effetti penali si imputassero all'uomo esclusivamente i risultati immediati e diretti dei fatti da lui personalmente compiuti, per poter distinguere il caso della consumazione mancata, per non essersi verificato un fatto, sulla cui verificazione l'agente faceva assegnamento, dalla consumazione fallita, per non essere l'agente riescito ad eseguire tutto ciò, che aveva in animo di compiere. Invece è tanto omicida chi toglie la vita al suo simile premendogli colle mani la gola in modo da impedirgli di respirare, quanto chi con un insignificante movimento del dito tira a sè la coda del grilletto sapendo, che al risultato immediato dello scatto terranno dietro altri fatti, che avranno poi per conseguenza ultima la morte del suo nemico.

Ed è anche omicida egualmente e chi per produrre la morte fa assegnamento sulla forza di espansione dei gas, che si sviluppano a seguito dell'accensione della polvere pirica, e chi conta sull'errore, in cui ha indotto il domestico della sua vittima, facendogli credere, che il potente veleno, che gli si porge, sia precisamente quella medicina, della quale il padrone lo ha mandato in cerca.

Quindi anche nei casi, in cui ai fatti eseguiti dall'agente, per consumare il delitto, devono, onde questo abbia luogo, aggiungersene altri, che vanno eseguiti da persone ignare del progetto delittuoso o da quella stessa persona, contro la quale esso è tramato, fino a che tali fatti non siansi verificati per parte di coloro, sulla cui at-

tività il colpevole fa assegnamento, non si può dire, che egli abbia compiuto tutto ciò, che è necessario alla consumazione del delitto, perchè risalendo a lui la responsabilità penale di quanto resta ancora a farsi, è di fronte a lui, che per gli effetti penali si deve riconoscere la incompletezza degli atti eseguiti [1]).

Sicchè dovendo necessariamente al completo esaurimento della parte soggettiva dell'azione corrispondere il raggiungimento dello scopo, a cui essa era diretta, e non potendo la mancata consumazione spiegarsi mai altrimenti, che come effetto d'una deficienza nella serie delle condizioni, al cui simultaneo concorso essa era subordinata, si deve finire col riconoscere l'inammissibilità logica della figura del delitto mancato.

Secondo i precetti della logica comune ciò dovrebbe condurre a negar sempre la verificazione dell'ipotesi prevista dal nostro legislatore all'art. 62, ma la logica giuridica insegna, come solo quando riesca assolutamente impossibile dare alle parole usate dal legislatore un senso, che renda suscettivo d'applicazione il precetto espresso per mezzo di esse, sia lecito lasciarlo ineseguito. Ed attribuendo alla parola *necessario,* come nella pratica glielo si attribuisce, il senso di *ordinariamente sufficiente,* si viene ad avere una regola, che se, essendo fondata sopra erronee presupposizioni, non può a meno di dar luogo nella sua pratica applicazione ad inconvenienti e ad am-

---

[1]) Ciò venne chiaramente dimostrato dal CARRARA (*Programma, parte speciale,* vol. I, Lucca, 1868, pag. 212 e seg.), senza che si possa comprendere, come la soluzione da lui propugnata pei casi, in cui nella serie dei fenomeni, che muovendo dalla deliberazione criminosa tendono alla consumazione, sono compresi fatti di persone diverse dal reo, non debba poi estendersi anche a tutti gli altri casi, dichiarando così sempre incompleta l'azione delittuosa fino a che all'atto inizialmente eseguito dal reo non siansi aggiunti tutti quei fenomeni posteriori, siano essi fatti umani, siano manifestazioni di forze naturali, sulla verificazione dei quali l'agente faceva assegnamento, per poter realizzare il suo criminoso progetto.

La massima parte delle legislazioni si riferiscono però espressamente nella definizione del delitto mancato ai soli atti, che dovevano essere compiuti personalmente dall'agente (codice del Württemberg del 1839, art. 64; cod. di Brunswick del 1843, § 36; cod. di Hannover del 1840, art. 33; cod. d'Assia del 1856, art. 68; cod. di Baden del 1845, § 107; cod. di Nassau del 1849, art. 64; cod. di Turingia del 1850, art. 23; Diritto territoriale prussiano del 1794, tit. XX, § 40; il codice prussiano del 1851 rinunziava ad ogni gradazione e divisione del tentativo, distinguendo solo fra tentativo di crimine e tentativo di delitto; codice pel regno delle Due Sicilie, art. 69; cod. estense, art. 67; cod. sardo, art. 97).

biguità [1]), è così poco inapplicabile, che viene quotidianamente applicata.

17. Per lo più i delitti si perpetrano mediante atti, che ne producono la consumazione in maniera, se non immediata e diretta, almeno abbastanza prossima, per escludere la possibilità, che nell' intervallo fra l'esecuzione dell'ultimo atto, che si doveva compiere da chi lo voleva commettere, e la verificazione dell'evento consumativo si possa esplicare da costui improvvisamente pentitosi una attività diretta a stornarlo [2]).

Questa possibilità dovrebbe poi ritenersi esclusa in ogni caso, quando portando alle sue ultime conseguenze logiche l'equiparazione dei fatti dovuti alla estrinsecazione delle forze, sul cui intervento l'agente contava, ai fatti da lui personalmente compiuti, si ritenesse non compiuto *tutto ciò che è necessario alla consumazione del reato*, fino a quando non si fosse verificato l'ultimo dei fatti, mediante la cui produzione l'agente riteneva di riescire alla perpetrazione del delitto. Ma essendo quella del delitto mancato una costruzione giuridica fatta contrariamente alle regole della logica comune, non si può pretendere di volerle rispettate da chi procede alla sua applicazione, e quindi come nel riferirsi ai fatti personali all'agente si deve ricercare, se egli abbia fatto non già tutto quello, che era necessario alla consumazione del reato, ma ciò che avrebbe potuto bastare a far commettere il reato, ove la sua azione si fosse svolta in circostanze diverse, così riferendosi alla esplicazione ulteriore delle forze da lui messe in moto, bisogna domandarsi non, se siasi verificato il fatto, la cui verificazione era necessaria alla consumazione del reato, ma se siasi verificato quel fatto, dopo il quale era difficile, che non si avesse a deplorare la consumazione.

Può quindi accadere così, che il fatto ultimo, che avrebbe implicata la consumazione del reato, e che occorre ritenere non necessario alla integrazione della figura criminosa del delitto mancato per non dover rinunziare alla possibilità di renderla praticamente applicabile, non si sia avuto, perchè i fatti anteriori non abbiano espli-

---

[1]) Ciò si finì col riconoscere dallo stesso CARRARA (nota al § 43 del codice penale germanico tradotto da Gualtierotti-Morelli e Feroci), sebbene egli ne attribuisse la colpa alla inettitudine dei giurati a comprendere la nozione del delitto mancato, e non alla intrinseca erroneità del concetto, al quale essa s'informa.

[2]) Non mancò chi volle in base a tale considerazione desumere il criterio di distinzione fra il delitto tentato ed il mancato dalla possibilità od impossibilità nell'agente di arrestare gli effetti degli atti compiuti (CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du code pénal*, Bruxelles, 1863, vol. I, pag. 199).

cata quella efficacia, che da essi l'agente si riprometteva, come anche, sebbene più difficilmente, che la sua non verificazione dipenda da una azione ulteriore di colui, che dopo averlo reso pressochè inevitabile, si è utilmente adoperato, per evitarlo.

Neppure quindi sotto il punto di vista della efficacia del pentimento del colpevole sussiste logicamente una differenza sostanziale fra il delitto tentato ed il delitto mancato. Certo fino a quando egli abbia ancora qualche atto da compiere, basta, che interrompa la sua attività criminosa, perchè il reato, che aveva in animo di commettere, resti non effettuato, mentre allorchè abbia eseguiti tutti gli atti, che dovrebbero secondo lui avere per effetto la perpetrazione del reato, per impedirla occorre, che ricominci ad agire, ma in senso contrario a quello, nel quale aveva agito prima. Ed è pure certo, che mentre nulla v'è di più facile dell'esecuzione della deliberazione, la quale per altro è assai difficile a concepirsi, di desistere dalla continuazione degli atti criminosi; può talora riescire difficile, talora impossibile, di neutralizzare gli effetti nocivi di azioni già compiute. Ma basta, che ciò qualche volta sia possibile, perchè si abbia a dire, che non è esatto contrapporre il delitto mancato al tentato, come se con quello non fosse compatibile la facoltà nell'agente di impedire egli stesso la consumazione del reato progettato; e del resto ciò ha riconosciuto [1]) anche il nostro legislatore all'art. 62 dichiarando, che per aversi il delitto mancato occorre, che la consumazione non avvenga per circostanze indipendenti dalla volontà di colui che ha compiuto tutto ciò, che è ad essa necessario.

Inoltre può poi anche accadere, che mentre all'azione compiuta non è ancora applicabile l'art. 62, il pentimento del colpevole non possa più utilmente esplicarsi mediante una semplice desistenza dagli atti d'esecuzione. Tale eventualità può verificarsi in quanto l'autore del progetto criminoso abbia riservata a se stesso l'esecuzione di alcuni fatti, ai quali devono per parte di terzi o della vittima del reato aggiungersene altri molti, affinchè questo abbia la sua completa attuazione, ed egli abbia già esaurito il compito, che si era prefisso, mentre un notevole intervallo di tempo deve ancora tra-

---

[1]) Un riconoscimento più esplicito di tale verità si ha nel § 46 n. 2 del codice penale germanico, che dichiara impunito come tale (cioè in quanto l'azione che lo pone in essere non costituisca un delitto perfetto) il tentativo se l'agente in un tempo, in cui l'azione non era ancora scoperta, ha colla propria attività impedita la verificazione del risultato occorrente alla consumazione del crimine o del delitto.

scorrere prima che la sua opera funesta abbia a sortire l'effetto voluto.

Chi ha preparato il veleno od il congegno esplosivo si continua a considerare come colpevole di delitto tentato anche dopo che collo spedirlo o col consegnarlo a persone, che ignare dei suoi truci disegni si assumono l'incarico di rimetterlo a colui, alla cui vita egli attenta, fino a che gli atti di trasmissione non si siano completamente svolti, ed anzi di delitto mancato propriamente si potrebbe parlare solo quando la ingestione del veleno nel corpo umano si fosse verificata senza riescire nociva, perchè chi lo ha ingerito o per avere poco prima introdotta nello stomaco una sostanza atta a neutralizzarne gli effetti o per essersi reso capace con un lento e graduale adattamento avvenuto a scopo di cura di ingerirlo impunemente, oppure per avere subito dopo ricorso ad un antidoto, non ne ha risentito alcun pregiudizio, o la esplosione fosse avvenuta senza produrre altro effetto che quello d'un grande fracasso, per essersi verificata all'aria aperta ed essersi i rottami ed i proiettili dispersi senza colpire alcuno, sebbene qualcheduno fosse presente in quel momento.

Egualmente è colpevole di solo delitto tentato chi ha segato il trave, che sovrasta ad un precipizio o ad un rapido corso d' acqua sapendo, che esso serve abitualmente di ponte al suo nemico, fino a che questi non si inoltri effettivamente sopra di esso, e determinando col suo peso la rottura del sottile strato lasciato intatto, venga a mancare del sostegno, sul quale intendeva varcare quel passo pericoloso: restando mancato il delitto, se riesce ad aggrapparsi alle sponde, o se la rovina non fu così subitanea, da impedirgli di salvarsi, spiccando un salto.

Eppure tutti costoro non possono più col solo rimanere inerti e non far altro, affinchè il loro funesto disegno sia coronato dal successo, esplicare utilmente il loro pentimento; ma devono o mettendo in guardia essi stessi quello, contro il quale avevano tesa l' insidia, od adoperandosi, per renderla vana, impedire positivamente la consumazione del reato, se vogliono, che la mancata verificazione di esso vada attribuita al loro cambiamento di volontà.

18. Sicchè le due specie di tentativo ammesse dal nostro codice si distinguono fra loro non per una vera diversità di natura [1]), ma

---

[1]) Contrario alla divisione come contraddicente al giusto concetto della essenza oggettiva del tentativo e della consumazione si dichiara BAUMGARTEN, *die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Stuttgart, 1888, pag. 442: in Italia essa venne disapprovata da OLIVA, *Del Tentativo* (*Rivista Penale*, vol. XVI, pag. 169), e, seb-

solo perchè diversa è la pena rispettivamente comminata dal legislatore contro ognuna di esse.

Fino a quando il delitto è tentato, si fa luogo alla sostituzione della reclusione da dieci a ventiquattro anni all'ergastolo, e le altre pene sottostanno ad una diminuzione, che va dalla metà ai due terzi; se il delitto è mancato all'ergastolo si sostituisce la reclusione da venti a ventiquattro anni, e la diminuzione per le altre pene va da un sesto ad un terzo.

Ora considerando senza prevenzioni scolastiche, i fatti, nei quali rispettivamente si riscontra il delitto tentato e quello mancato sia sotto il punto di vista oggettivo, sia sotto quello soggettivo, non si riesce a ravvisare fra essi una differenza di gravità, che giustifichi tale diversità di trattamento.

Così il delitto tentato, come quello mancato in luogo della consumazione producono il pericolo di essa: oggettivamente quindi la loro gravità sarà tanto maggiore, quanto più grave è stato il pericolo. Ora la gravità del pericolo non va desunta soltanto dal numero maggiore o minore degli atti, che devono ancora compiersi, per arrivare alla consumazione del reato, per modo che esso arrivi al suo grado massimo quando più nessun atto rimanga a farsi. Il ritener ciò dipende da una confusione fra il pericolo grave ed il pericolo prossimo, nella quale, come Finger [1] giustamente rileva, era assai facile di cadere, perchè un pericolo imminente colpisce assai più vivamente, e poi anche perchè quanto più lungo è l'intervallo fra un fatto ed il suo risultato finale, tanto maggiore è la possibilità, che sopravvengano ciscostanze atte ad impedire la verificazione di tale risultato.

Intanto così nel delitto mancato, come nel tentato la verificazione di tali circostanze non è più una mera possibilità, ma un fatto concreto; l'essersi manifestata nell'ultima fase dello svolgimento della azione criminosa, o quando questa era ancora in corso di esecuzione potrebbe assumersi come criterio sicuro della gravità del pericolo solo nell'ipotesi d'una assoluta parità nella efficienza nociva dei fatti resi innocui dal suo evento. Invece è molto facile, che a tale ipotesi non corrisponda la realtà delle cose. Anzi per lo più l'essersi dal colpevole potuto eseguire tutto quello, che egli aveva divisato di compiere, per giungere alla consumazione del reato, senza che questa

---

bene in modo alquanto dubitativo, anche dal LUCCHINI, *Reato e delinquente in generale nel progetto del codice penale italiano* (*Rivista penale,* vol. XXI, pag. 277).

[1]) *Der Begriff der Gefahr,* Praga, 1889, pag. 33.

siasi avuta a deplorare, dipenderà soltanto dalla scarsa attitudine dei mezzi da lui posti in opera, che se non erano assolutamente inetti a produrre la consumazione, non erano neppure così efficaci da renderla molto probabile; mentre l'interruzione verificatasi nello svolgimento dell'azione criminosa pel sopravvenire di una imprevista accidentalità lascia sempre impregiudicata la questione sulla intrinseca potenza dei mezzi posti in opera. E questa potrebbe talora esser tanta, ed essersi l'accidente, che ha interrotto il corso dell'azione, verificato così inopinatamente da doversi riconoscere, che somma era la probabilità della riescita del progetto criminoso.

Se un assassino si nasconde dietro un muro in prossimità del quale è solito a passare colui, che egli vuol uccidere, ed appoggiato un buon fucile ad una feritoia esistente in esso se ne sta tranquillamente attendendo, che quel disgraziato venga ad esporsi al suo colpo sicuro, e mentre costui dista più di pochi passi dal punto fatale, l'improvvisa irruzione di una comitiva nel recinto, che pareva dovesse garantirlo da ogni sorpresa, perchè il luogo era suo, alti erano i muri che lo cingevano, gli impedisca di consumare il misfatto, a me par difficile negare, che il pericolo manifestatosi non sia maggiore di quello corso da chi si vede esploso contro alla distanza di una diecina di metri un colpo di rivoltella, arma che non è certo inetta ad uccidere, ma che per lo più riesce assai poco atta a far colpire il bersaglio.

È vero, che una volta che il colpo sia esploso, colui, nella cui direzione esso è partito, più non può essere salvato che dalla eventualità, che la pallottola non percorra la traiettoria, nel cui percorso egli si trova, mentre fino a quando non s'è scaricata l'arma molti incidenti possono impedir di sparare. Ma se l'azione siasi preordinata in modo da eliminare la possibilità di simili incidenti, dato pure che non vi si sia riesciti pel concorso di circostanze affatto straordinarie, si è toccato un punto assai più prossimo alla meta di quello, al quale arriva chi esplode l'arma in circostanze, che rendano poco probabile la riescita del colpo. Se nell'esempio ora fatto si imagina, che la comitiva degli invasori si fosse trovata nella località scelta per la consumazione dell'omicidio, abitualmente deserta, o per avere smarrita la via, o per un subitaneo capriccio venuto poco prima ai suoi componenti di andar girovagando per la campagna, e che la insalizione del muro sia dipesa dall'essere ad un tratto venuto in mente ad uno di questi sfaccendati di mettere a prova la propria agilità, non si potrà, per quanto mi pare, molto agevolmente sostenere, che chi stava appiattato per sparare, senza essere riescito a farlo, sia per ciò ri-

masto più lontano dal diventare omicida, di quanto lo sia restato chi ha esploso un colpo di rivoltella in direzione d'un uomo, senza toccarlo.

Può darsi, che anche costui sia stato vicinissimo a commettere il reato, in quanto la rivoltella fosse molto buona, ed egli fosse molto pratico nel maneggio di essa, ma da ciò si deve dedurre soltanto, che non tutti i reati mancati sono intrinsecamente meno gravi dei tentati, il che io non pretendo certo di affermare. Quello che mi pare doversi riconoscere si è, che così nei casi, in cui il colpevole sia riescito ad esplicare completamente la sua attività criminosa, come in quelli, nei quali l'ha esplicata in parte, è solo in base ad un esame concreto dei fatti, e non colla scorta del criterio adottato dal nostro legislatore, che si può effettivamente giungere ad una precisa valutazione dell'azione compiuta, e che quando risulta che l'agente solo per un caso di non facile verificazione non ha potuto completare l'opera sua, ed essa era preparata ed iniziata assai bene, non si dovrebbe vatutarla meno dell'opera, che è riescita egualmente innocua, sebbene abbia potuto svolgersi completamente.

È vero poi, che fino a quando l'azione non si sia svolta completamente si può sempre dubitare, se l'agente avrebbe avuto in realtà il coraggio di persistere nello svolgimento di essa, e che sotto il punto di vista soggettivo l'autore dei fatti, nei quali si riscontra il delitto mancato, presenta una tenacia nel malvagio proposito, che nell'autore del delitto tentato si può presumere, ma non è stata positivamente esplicata. Però anche questo argomento ha un valore molto relativo.

Per misurare la lunghezza di due linee non basta riferirsi al punto d'arrivo; bisogna tener conto anche di quello di partenza. Il proposito criminoso nel colpevole di delitto mancato giunge ad una esplicazione ulteriore, ma ciò non vuol dire, che il colpevole di delitto tentato non possa aver manifestata in quella parte d'operazione, che gli è stato dato di compiere, una tenacia ed una fermezza maggiore di quella manifestata da chi ha fatto tutto ciò, che aveva divisato di compiere. Bisognerebbe, che tutti i delitti si commettessero alla medesima maniera, per poter sul serio affermare, che colui, al quale più nulla era rimasto a fare per consumare il delitto, ha fatto di più di quello, che invece aveva ancora da fare parecchie altre cose.

Ritornando a considerare sotto il punto soggettivo gli esempî testè esaminati sotto quello oggettivo, si deve riconoscere, come chi s'è appostato per uccidere, ma non ha ancora sparato, non abbia

data prova effettiva d'avere il triste coraggio di esplodere un'arma da fuoco a tradimento contro il suo simile, e si può benissimo dubitare, se vinto all'ultimo momento da una ripugnanza insormontabile a perpetrare la scelleraggine con tanta pazienza apparecchiata, non si sarebbe forse lasciato passar davanti il suo nemico, senza far partire il colpo, mentre invece rispetto a chi ha esplosa la rivoltella il fatto ha mostrato, che a lui non mancava la fermezza di proposito necessaria all'esecuzione dell'atto, che avrebbe dovuto essere causa prossima di morte. Per altro riguardo a costui è lecito il dubbio, e tale dubbio sarebbe meno chimerico e più conforme alla conoscenza pratica della vita, che non quello testè ammesso per limitare la discussione ai punti essenziali alla risoluzione della questione, se avrebbe avuto il coraggio di compiere tutti i molteplici atti necessarî a preordinare l'uccisione di un uomo in maniera, da rendere molto difficile, che egli abbia a sfuggire alle insidie che gli si tendono. E pertanto occorre istituire un confronto non fra tutti gli atti, che si sarebbero dovuti compiere dal primo, e quelli, che da esso si sono effettivamente compiuti, ma fra quelli compiuti dal primo e quelli compiuti dal secondo, per decidere quali abbiano posta in chiaro una maggiore fermezza di proposito ed una persistenza maggiore nella risoluzione criminosa.

Senza volere adunque neppure sotto questo punto di vista sostenere, che riesca sempre erronea la gradazione di penalità stabilita dal legislatore, e che i fatti costituenti, secondo l'opinione comune, delitto mancato, manifestino sempre nel loro autore una scarsa attitudine a delinquere, parmi si debba però ammettere, che tale gradazione non riesce sempre conforme alla realtà delle cose, e che talora si può colla esecuzione di alcuni soltanto fra i molteplici fatti occorrenti all'attuazione del complicato progetto criminoso concepito esplicare una risoluzione delittuosa più tenace di quella manifestata mediante l'esecuzione completa dell'atto unico, o dei pochi atti, a cui si riduce l'attuazione di un disegno più semplice.

CAPO III.

Punibilità del tentativo.

19. Nel primo capitolo del titolo primo del libro II del codice penale incominciamo dal non trovare altro reato, al quale sia il caso di applicare il concetto del tentativo, che quello previsto dall'art. 108, e subito rispetto ad esso si manifesta la convenienza di sostituire una previsione specifica dei singoli casi di tentativo punibile alla dichiarazione generica della punibilità di chi tenti di commettere un delitto. Infatti se è giusta la punizione di chi riesca effettivamente ad ottenere la rivelazione di segreti concernenti la sicurezza dello Stato, qualunque sia il mezzo, col quale è riuscito a procurarsela, riesce esorbitante, sebbene a causa della sua stessa esorbitanza in pratica non abbia a considerarsi come pericolosa, la dichiarazione generica della punibilità di chiunque cerchi di far rivelare da chi ne sia custode un siffatto segreto. Ogni indiscreta domanda costituisce indubbiamente atto di esecuzione del delitto, perchè se non tutte le domande ottengono risposta, come non tutti i colpi toccano il bersaglio, il chiedere a chi la sa una cosa, di cui si vuol essere informato, costituisce appunto una azione suscettiva di produrre direttamente il risultato voluto. La punizione dovrebbe limitarsi invece a chi con promesse di compenso o con intimidazioni, mezzi il cui uso è abbastanza pericoloso per poter essere incriminato anche quando resti infruttuoso, procuri di ottenere la rivelazione.

Degli altri delitti, quelli previsti dagli art. 104 e 106 son già costituiti essi stessi dal semplice tentativo di produrre uno dei risultati in tali articoli specificati, e se si volesse punire chi tenta di tentare, si incriminerebbero le aspirazioni e le innocue estrinsecazioni di progetti fantastici.

Nei delitti previsti dagli art. 109, 111 e 113 manca l'elemento intenzionale.

Quelli preveduti dagli art. 110 e 115 producono rispettivamente od un mero pericolo od un danno semplicemente morale, e nè il pericolo del pericolo, nè il pericolo del danno morale meritano d'essere incriminati.

Le azioni previste dagli art. 105, 114 e 116 rappresentano violazioni del dovere di fedeltà, e neppure ad esse par quindi applicabile il concetto del tentativo.

Analoga inapplicabilità di tale concetto al delitto previsto dall'art. 107 finalmente si avrebbe, quando esso venisse definito in modo più conforme alla sua vera natura sostituendosi alla parola *rivela*, che si riferisce al risultato oggettivo dell'acquisto dell'informazione segreta per parte di chi dovrebbe ignorarla, un'altra, come sarebbe *tradisce*, che accennasse soltanto alla violazione del dovere di conservare il segreto. Attualmente si deve dire tentato questo delitto, se le comunicazioni siano. fatte verbalmente in lingua ignota a chi le ode, o ad un sordo, oppure, ipotesi più verosimile, se esse siano trasmesse per iscritto, e lo scritto, che le contiene, sia sequestrato o vada perduto, prima che ne abbia presa cognizione quello, a cui è indirizzato. Ma a tale circostanza veramente non spetta affatto nè sotto il punto di vista soggettivo, nè sotto quello oggettivo quella importanza, che essa viene attualmente ad avere. Quando il depositario del segreto se ne è spossessato, la violazione del dovere è compiuta: bisognerebbe poi, che la cognizione del segreto fosse direttamente nociva, e non solo pericolosa, come è in effetto, per dichiarare sostanzialmente ed intrinsecamente diverso il caso, in cui il segreto sia realmente appreso da quello, a cui eransi consegnate od inviate le carte, ed il caso, in cui neppur egli ne abbia conosciuto il tenore. Per lo più chi ottiene la comunicazione non se ne vale direttamente, ma se la procura per trasmetterla ad altri; ben spesso poi il danno temuto dalla divulgazione del segreto non si verifica affatto. Ciò che il legislatore ha voluto evitare si è la possibilità del danno, e questa si ha quando il segreto venga tradito.

Nel capo secondo gli art. 117, 118 e 120 tornano a dichiarare delitti perfetti semplici attentati, e gli art. 119, 121, 122, 123, 125 e 126 ad incriminare l'esecuzione soggettiva di fatti, che possono bensì, come è specialmente facile rispetto all'ipotesi prevista dal 121, dover essere preceduti da altri fatti delittuosi, ma il cui tentativo, come tale, non dovrebbe punirsi, appunto perchè è la loro esecuzione e non la produzione di un risultato, che costituisce il delitto.

L'art. 127 poi non crea alcuna speciale figura delittuosa, come non la creano gli art. 128 e 130 del capo terzo, mentre rispetto al delitto previsto dal 129 va ripetuto quel, che si è detto a proposito di quello analogo preveduto dal 115, che non è il caso di preoccuparsi del tentativo, quando il danno prodotto dal delitto è puramente morale: il che però non esclude, che possa doversi punire chi ha solo tentato di togliere, distruggere o sfregiare una bandiera, in quanto per riescirvi sia trasceso a violenze, o genericamente abbia compiuto fatti intrinsecamente punibili.

Delle quattro figure di delitto create nel capo quarto una (art. 131) costituisce preparazione di delitto, due (art. 134 e 135) estrinsecazione di proposito criminoso, l'altra (art. 132) l'esecuzione soggettiva di una azione, che per lo più non ha bisogno per venir compiuta di essere preceduta da altri fatti, la cui esecuzione renda proponibile la questione sulla applicabilità ad essi della nozione del tentativo. Ma quando pure tali fatti si avessero, come se da alcuno si facessero provviste di vettovaglie in previsione di averle a fornire agli affigliati alla banda, non si dovrebbe, salvo il caso di particolari contingenze, che consigliassero l'emanazione di leggi speciali incriminatrici della detenzione di viveri eccedenti i bisogni della propria famiglia, qualificarli attentati punibili.

20. Il modo, nel quale è definito quel singolarissimo reato, che vien previsto dall'unico articolo del capo primo del titolo secondo, esclude, che si debba ricorrere rispetto ad esso alla teorica del tentativo, per non trovarsi esposti all'eventualità di dover lasciare impuniti atti diretti ad impedire l'esercizio di un diritto politico e meritevoli di repressione, sebbene non abbiano prodotto il risultato voluto. Giacchè essendo subordinata la punibilità del fatto alla condizione, che si cerchi di raggiungere questo risultato con violenza, minaccia o tumulto, della responsabilità incorsa coll'uso di uno qualunque di questi mezzi si potrà giudicare in base all'esame della natura intrinseca di esso, e prescindendo dalla considerazione del fine, a cui era indirizzato.

Ai delitti previsti nel capo secondo o non è di fatto applicabile la teoria del tentativo, perchè le azioni, colle quali si commettono, non hanno bisogno di preparazione alcuna, e non possono in quanto siano soggettivamente eseguite andar scompagnate dalla produzione d'un danno sufficiente, per quanto tenuissimo, a porre in essere la consumazione del reato, come accade pel turbamento di funzioni religiose (art. 140) e pel vilipendio dei seguaci di un culto ammesso nello Stato (art. 141), o non lo è giuridicamente, perchè gli atti compiuti per commetterli, quando non costituiscano di per sè un reato perfetto, come potrebbe essere l'introduzione illecita (la quale avrebbe bisogno per altro di essere prevista meglio di quanto adesso non lo sia dagli art. 157 e 427) nel locale destinato alla custodia delle cose, che si vogliono guastare, o dei cadaveri, che si vogliono profanare, non producono un nocumento diretto od indiretto sufficiente alla loro incriminazione.

Identiche osservazioni van ripetute a proposito dei delitti preveduti nel capo terzo; del delitto (unico, sebbene se ne tratti in due

articoli distinti) preveduto nel càpo quarto, e di quelli preveduti nei due ultimi capitoli del titolo.

21. Alla consumazione del delitto di peculato, colla trattazione del quale si inizia il titolo terzo, si può tendere con atti già punibili, quali sarebbero le false scritturazioni preordinate allo scopo di occultare la malversazione, che si vuol commettere, ma prescindendo da siffatta ipotesi non si saprebbe escogitare rispetto ad esso uno stadio intermedio fra l'impunità degli atti compiuti per distrarre il danaro che si custodisce (quali potrebbero essere ad esempio il trattenersi in ufficio fino a che ogni altro impiegato non si sia allontanato, o l'introdurvisi in assenza degli altri, l'aprire la cassa forte, sebbene nè sia il caso di procedere a verifiche, nè vi siano pagamenti da fare o siansi fatte riscossioni), e l'applicazione della pena nella sua pienezza [1]).

Il tentativo è invece escogitabile rispetto alla concussione, ma a proposito di essa va ripetuto quanto si è detto in ordine al delitto previsto dall'art. 108. Per evitare querele temerarie e denuncie fantastiche, che conducano solo all'accertamento di scherzi grossolani o futili discorsi, converrebbe subordinare la punibilità del pubblico ufficiale nei casi, in cui egli non sia riescito davvero a costringere o ad indurre alcuno a dare od a promettere un compenso indebito, all'uso di mezzi specificatamente designati dalla legge, quali dovrebbero essere la minaccia di un male indebito o la promessa di un indebito favore.

La corruzione si distingue dalla concussione in quanto in essa il pubblico ufficiale non assume l'iniziativa del turpe mercato, ma consente alle proposte da altri a lui rivolte: di tentativo quindi rispetto a lui non si può parlare. O si mantiene ligio al suo dovere, o si rende colpevole del delitto consumato. Il tentativo del corruttore è espressamente previsto dal capoverso dell'art. 173, e quindi non è più il caso neppure rispetto a questo reato di ricorrere agli articoli 61 e 62.

È difficile, che le circostanze di fatto permettano di volervi ricorrere rispetto ad alcuno dei delitti previsti nel capo quarto, ma ove la possibilità non mancasse, nella incriminazione a titolo di tentativo di un fatto diretto a commettere un atto arbitrario (art. 175), a pren-

---

[1]) Per ritenere il contrario bisognerebbe aggiungere alla nozione data dal nostro legislatore del peculato l'elemento della consecuzione effettiva del lucro in vista del quale si è agito, come fece il Tribunale di Roma con sentenza 29 giugno 1901, giustamente censurata dalla Cassazione con sentenza del 27 febbraio 1902 (*Giustizia penale*, a. VIII, col. 418).

dere interesse privato in atti della pubblica amministrazione presso la quale si esercita il proprio ufficio (art. 176), a comunicare un documento segreto (art. 177) si dovrebbe ravvisare soltanto una deplorevole conseguenza, che non potrebbe nel caso concreto non essere disapprovata dallo stesso legislatore, della generica dichiarazione della punibilità del tentativo di delitto, alla quale il legislatore potè indursi solo facendo affidamento sulle limitazioni, a cui gli insegnamenti della dottrina avrebbero sottoposta l'applicazione della regola stabilita con essa. Ed invero in base alla distinzione [1]) fra delitti materiali e delitti formali una gran parte dei delitti, e fra essi vanno precisamente annoverati quelli previsti dai primi tre articoli del capitolo, riman sottratta all'applicazione della teorica del tentativo. Per altro se van lodati i giuristi, per avere escogitate queste distinzioni, quando, non potendo influire sulla formazione delle leggi, dovevano limitarsi a cercare, che l'applicazione di quelle leggi, sotto il cui impero vivevano, riescisse il meno disastrosa possibile, è preferibile procurare di affrettare il momento, in cui si abbia una legislazione, che renda superflua ogni distinzione scolastica ed ogni arbitraria limitazione.

I due delitti previsti nel capo quinto non possono essere tentati, in quanto si commettano verbalmente: lo potrebbero essere, ove si volesse commetterli per iscritto, e la scrittura svillaneggiatrice o faziosa venisse sequestrata prima d'essere pubblicata.

Anche in questo caso a me pare, che se la punizione del fatto a termini del diritto vigente è possibile, si debba considerare tale possibilità, della quale non deve rallegrarsi chi non ignori come il ricorso alla pena fuori dei casi di assoluto bisogno indebolisca l'autorità dello Stato, invece di rafforzarla, come dipendente soltanto dal non essersi tenute presenti tutte le varie figure criminose, a cui in concreto si rendeva applicabile la figura del tentativo, quando si dichiarava genericamente, che ogni tentativo di delitto è punibile.

Ancor meno giustificabile sarebbe la punizione di chi avesse tentato di commettere alcuno dei delitti previsti nel capo sesto, quando si verificasse di fatto l'ipotesi di non agevole verificazione del tentativo di commetterli non susseguito dalla consumazione.

Anche la resistenza e la ribellione si consumano mediante l'esecuzione soggettiva del fatto, col quale si commettono, senza che sia il caso di pensare alla incriminazione generica degli atti anteriori a questo fatto, salvo ad incriminare, come è avvenuto cogli art. 188 e

---

[1]) Su tale distinzione v. nota 2 a pag. 203.

189, quelli fra questi atti, che sembrino lesivi in modo apprezzabile agli effetti penali dell'ordine pubblico. Tanto meno riesce poi applicabile la nozione del tentativo al delitto successivamente previsto, che è quello di oltraggio.

È assai difficile, che la violazione di sigilli si commetta altrimenti che per arrivare per mezzo di essa a perpetrare un ulteriore reato. Mentre pertanto, se venisse commessa da chi la considerasse come meta del suo operare, per lo più non sarebbe preceduta da altri atti incriminabili a titolo di tentativo, non essendo l'infrazione di un sigillo impresa, che normalmente abbia bisogno di venir resa possibile con anteriori apparecchî, può accadere, che tali apparecchî si abbiano, in quanto li richiegga l'azione, che si vuol compiere successivamente alla violazione del sigillo, come se si volessero rubare le merci custodite in un magazzino, alle cui porte siansi apposti i sigilli, e la loro quantità fosse tale, da richiedere un carro per trasportarle, o si volesse alla cosa, alla quale erano apposti i sigilli, per assicurarne l'identità, sostituirne un'altra, che occorre quindi incominciare dal portar seco. Questa azione ulteriore è poi prevista come delitto speciale dall'art. 202, il quale va quindi compreso fra quelli, che in linea di fatto son suscettivi di venir tentati.

Ed il tentativo può esplicarsi in due modi distinti. O la cosa vien lasciata, ipotesi poco probabile, in luogo, nel quale possa accedere ognuno, e non è il caso di dichiarare punibile chi si approssima ad essa coll'intenzione di impossessarsene, perchè se la incuria del custode non deve valere ad esimere da pena chi abbia effettivamente sottratta la cosa, non conviene però, per eliminare la possibilità, che i male intenzionati abbiano a trarne occasione di delinquere, stabilire comminazioni penali contro intenzioni malvagie non ancora manifestate con atti intrinsecamente ingiusti, esponendo così la società ed i giudicabili al pericolo delle incertezze e degli errori, che troppo spesso accompagnano i giudizî non basati sull'apprezzamento oggettivo dei fatti umani. O la cosa è custodita in luogo chiuso, ed allora il tentativo deve manifestarsi mediante atti che dovrebbero, come si è osservato a proposito dei fatti contemplati dagli art. 143 e 144, venire direttamente preveduti ed incriminati. Queste osservazioni vanno estese al delitto, che secondo la giurisprudenza della Cassazione [1]) è previsto dal primo capoverso dell'art. 203; mentre

[1]) Bisogna riconoscere, come a questa giurisprudenza fondata sopra una flagrante violazione delle regole sulla interpretazione delle leggi, abbia data occasione l'incuria, colla quale si ebbe a redigere la disposizione immediatamente successiva a quella erroneamente interpretata dalla Cassazione, e la mancata pre-

se si ritenesse, che tale disposizione riguardi solo il proprietario della cosa pignorata o sequestrata, che ne sia ad un tempo custode, dovrebbe riconoscersi in linea di fatto l'impossibilità del tentativo, come la si deve riconoscere rispetto al delitto preveduto nell'alinea.

Dei delitti preveduti nei due capitoli successivi, l'inadempimento degli obblighi assunti dai pubblici fornitori non può venir tentato

---

visione per parte del legislatore di un fatto meritevole di pena, che resterebbe impunito, ove non lo si facesse rientrare nell'ipotesi formulata al primo capoverso dell'art. 203. In esso si dice, che *se il colpevole sia lo stesso proprietario della cosa pignorata o sequestrata, la pena è della reclusione ad un anno e della multa da lire cento a millecinquecento.* Ora non avendo la parola colpevole alcun senso, se non la si riferisce ad un reato, e di nessun reato facendosi menzione nel capoverso, è certo, che va riferita secondo le regole della comune sintassi al reato, del quale si discorre nell'alinea, che consiste nella sottrazione o conversione in profitto proprio o di altrui, o nel rifiuto di consegnare a chi di ragione cose sottoposte a pignoramento o a sequestro e affidate alla propria custodia. Ma che di queste regole abbia tenuto poco conto il legislatore lo dimostra il capoverso successivo, nel quale si dice, che *se il delitto sia commesso per negligenza o imprudenza del custode, questi è punito con la multa da lire cinquanta a mille,* mentre è chiaro come l'incuria del custode possa render possibile la perpetrazione di un furto e non già quella del delitto preveduto nell'alinea e nel primo capoverso dell'articolo, al quale pure il capoverso secondo le regole della sintassi va riferito.

In questo caso però la correzione dell'espressione inesatta del legislatore è imposta dalla impossibilità di desumere qualsiasi senso ragionevole dalle parole da esso usate interpretandole secondo il loro significato naturale e la connessione di esse, e chi non voglia ammettere, che il legislatore ha inteso parlare non già del delitto, di cui aveva discorso in precedenza, ma del delitto di furto, deve anche dichiarare non suscettivo di alcuna applicazione il secondo capoverso dell'art. 203. Rispetto al capoverso primo la possibilità di applicarlo interpretandolo in conformità dell'alinea dell'art. 3 delle disposizioni sulla interpretazione delle leggi in generale non manca, e quindi un senso diverso solo perchè par cosa troppo grave lasciare impunito il proprietario delle cose pignorate, che le ritoglie al custode, quando per impossessarsene non sia ricorso a mezzi, il cui uso costituisca un delitto per sè stante, riesce affatto arbitrario (SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts,* vol. I, Berlino, 1840, pag. 230 e seg.).

Tuttavia la Cassazione persiste (v. da ultimo sentenze 7 giugno e 18 settembre 1900, *Rivista penale,* vol. LII, pag. 425 e 555; 16 e 19 novembre 1900, *Cassazione Unica,* vol. XII, pag. 133 e 226) nella sua giurisprudenza, e pare che i magistrati inferiori vogliano emularla nello aggiungere ai reati di creazione legislativa figure criminose di loro invenzione, giacchè la Cassazione stessa doveva con sentenza 29 novembre 1901 (*Cassazione Unica,* vol. XII, pag. 172), nella quale si compiacque affermare non esser lecito dubitare della esattezza della interpretazione da essa data al primo capoverso dell'art. 203, annullare un giudicato del Tribunale di Aquila, che aveva condannato il proprietario di una partita di fieno pignorata per non averla presentata per la vendita, mentre la custodia ne era affidata ad un altro.

per mancanza dell'elemento intenzionale; la vendita di fumo e la frode nelle cose fornite ad uno stabilimento pubblico possono invece esser tentate in linea di fatto, ma se attualmente è ben difficile, che riesca feconda di effetti pratici la dichiarazione generica della punibilità del loro tentativo, dovendosi dubitare della idoneità dei mezzi o della serietà dell'intenzione ogniqualvolta si voglia ingannare altri e non vi si riesca, sarebbe preferibile eliminare senz'altro la possibilità di processi destinati quasi certamente a non avere altro costrutto, che quello di far perdere invano un tempo prezioso, riservando l'applicazione della pena a coloro, che siano riesciti di fatto ad ingannare.

22. Anche il primo dei delitti specificati al capo primo del titolo quarto può essere tentato, senza che si possa dire, che il suo tentativo merita di venir lasciato impunito; ma ciò dipende soltanto dalla infelice definizione, che il legislatore ne ha data, giacchè ove invece di farsi consistere poco a proposito il delitto nella conseguzione dello scopo di esimersi dal comparire, lo si riponesse, *come* sarebbe conforme alla logica, nella allegazione del falso pretesto, che costituisce il mezzo ingiusto (ed il cui uso deve quindi incriminarsi) col quale si vuole raggiungere un fine non intrinsecamente riprovevole, il delitto sarebbe consumato in quei casi, nei quali adesso si ha per semplicemente tentato. E lo stesso è a dire rispetto al delitto previsto dall'art. 226, che dovrebbe farsi consistere non nel riacquisto della libertà ottenuto mediante violenza verso le persone o rottura, ma nell'uso della violenza verso le persone e nel ricorso alla rottura a scopo di evadere.

Il secondo dei delitti previsti dall'art. 110 e la falsità in giudizio si consumano senza che il colpevole abbia prima a compiere atti, sulla cui incriminabilità a titolo di tentativo possa sorger questione.

Il tentativo di subornazione è direttamente previsto dal secondo capoverso dell'art. 218.

Di tentativo di simulazione di reato o di calunnia si potrebbe parlare solo in quanto l'inganno teso all'Autorità giudiziaria si volesse consumare mediante denuncia o querela scritta, e dopo d'averla preparata non si riescisse a presentarla. Ma non mi pare, che la ricorrenza di siffatta ipotesi faccia sorgere pericoli tali da legittimare la irrogazione d'una pena.

Tutti i delitti previsti nel capo quinto possono essere tentati, ma di nessuno è il caso di incriminare il tentativo, sia per la difficoltà di accertarne gli estremi, sia e principalmente perchè mentre quelli previsti dai due primi articoli in realtà non possono nuocere che me-

diatamente, essendo il pregiudizio diretto cagionato solo dalla sentenza sfavorevole del giudice, ed è eccessivo incriminare il pericolo del pericolo, quello preveduto dall'ultimo non è, alla pari della vendita di fumo, che una specie di truffa, e di questa dovrebbe sempre punirsi soltanto la consumazione.

I fatti incriminati al capo sesto lo sono indipendentemente dalla consecuzione effettiva dello scopo in vista del quale vengono dal loro autore compiuti: il favoreggiamento è consumato anche quando non si sia riesciti ad assicurare al colpevole il profitto del delitto commesso, a renderne duratura la latitanza, ad ingannare l'Autorità. Quindi si tratta in sostanza di tentativi, dei quali sarebbe esorbitante incriminare anche il tentativo.

Se il concorso alla evasione altrui si esplica coll'uso di alcuno dei mezzi indicati dall'art. 226 non occorre ricorrere alla teorica del tentativo, per assoggettarne l'autore ad una adeguata punizione, perchè anche astraendo dal fine, cui sono indirizzati, si può determinare convenientemente la punizione dovuta a chi li ha adoperati.

Che se il concorso si fosse verificato altrimenti, allora occorre bensì tener conto del fine, che si proponeva l'agente, se si vuol impedire, che se questo fine non è raggiunto, egli vada impunito per quanto ha fatto onde raggiungerlo, ma si deve altresì riconoscere, come ad una retta valutazione dell'opera sua riesca insufficiente la teoria generale sul tentativo di delitto, e come per procedervi convenga sostituire a questa teoria la considerazione diretta dell'azione, il cui tentativo si vuol incriminare.

Ed invero la massima, che l'esplicazione dell'attività criminosa non debba incominciare a punirsi se non quando in essa si riscontri il cominciamento di esecuzione del delitto deliberato, e quella che ne subordina la punibilità alla condizione, che i mezzi nel cui uso essa si concreta risultino idonei alla consumazione di questo delitto, costituiscono i cardini, ai quali è appoggiata la teoria del tentativo, mentre tendono poi ad impedire, che il legislatore abbia a sottoporre al proprio sindacato la nuda estrinsecazione di malvagi propositi invece di limitarsi, come è conforme al suo ufficio, a punire gli atti implicanti un effettivo perturbamento dell'ordine sociale.

Ma se ottimo è questo intento, non è forse felicissimo il pensiero di poter riescire a distinguere tali atti da quelli innocui in base a criterî generali, stabiliti prescindendo affatto dalla considerazione della loro natura specifica.

Vi sono alcuni atti la cui esecuzione può precedere di un intervallo notevolissimo di tempo la verificazione dell'evento dannoso, per

la preoccupazione del quale se ne vuol punito l'autore, e per contro o non può assolutamente o potrebbe solo, in via affatto eccezionale, produrre questo evento, se non le tenga dietro l'esecuzione di altri atti per parte di altre persone. È chiaro come il subordinarne la punibilità alle condizioni del cominciamento d'esecuzione e della intrinseca idoneità equivalga al dichiarare, che abbiano a punirsi solamente in quei casi, in cui il risultato temuto si sia verificato di fatto.

L'art. 228 fa consistere il delitto da esso previsto non nella somministrazione di mezzi atti ad evadere, ma nella facilitazione dell'evasione. Quindi si avrà preparazione e non cominciamento di esecuzione fino a quando non siano ad esempio indossati gli abiti, che l'autore del reato ha fatti pervenire al detenuto, affinchè dopo di averli per un tempo più o meno lungo tenuti nascosti possa alla prima occasione favorevole rivestirsene e sotto di essi passare davanti ai carcerieri senza che lo riconoscano, mentre poi siccome in concreto nessuna evasione riescirebbe ad effetto, se i custodi assiduamente esercitassero quella rigorosa ed oculata vigilanza, alla quale sono tenuti, e la negligenza od incapacità loro non si può presumere dal giudice, sebbene sopra di essa facciano principale assegnamento i detenuti, che tentan di evadere, in quei pochi casi, in cui la distinzione fra preparazione ed esecuzione del delitto non fosse bastata ad assicurare l'impunità di chi ha inutilmente cercato di far evadere un detenuto, soccorrerebbe pronta al bisogno l'altra regola della impunità del tentativo compiuto con mezzi inidonei.

La combinazione dell'art. 61 col 228 lascia pertanto la società pressochè interamente priva della tutela derivante dalle comminazioni penali di fronte alle male arti di coloro, che si adoperano per restituire la libertà ai facinorosi, e siccome, per quanto le migliorate condizioni del regime delle nostre prigioni rendano oggidì abbastanza rari i casi di evasione, finora se ne ha ancor sempre a deplorare qualcheduno, converrebbe incriminare direttamente la somministrazione dei mezzi per evadere, tanto più che il primo capoverso dell'art. 228 diventa applicabile solo quando chi vuol procurare o facilitare l'evasione altrui si rende direttamente colpevole di violenza o di rottura, ma non quando procura al detenuto i mezzi per procedere all'una od all'altra. E quindi attualmente anche chi procura lime, scalpelli od armi ai detenuti incomincia a diventar punibile solo quando costoro imprendano a farne uso.

È curioso, che il legislatore abbia coll'articolo successivo riconosciuta la verità delle osservazioni testè svolte rispetto ad un caso,

pel quale forse si faceva sentire meno vivo il bisogno di derogare al disposto dell'art. 61. Infatti quando chi consente a procurare o facilitare l'evasione sia lo stesso pubblico ufficiale incaricato della custodia o del trasporto del detenuto, per lo più allo stadio della preparazione terrà immediatamente dietro quello della esecuzione, e quindi la distinzione fra i due stadî assai difficilmente potrebbe avere effetti pratici, e sarà anche poco probabile, che abbiano a nascer questioni sulla idoneità dei mezzi.

Delle altre disposizioni del capitolo solo quella contenuta nel primo numero dell'articolo ultimo raffigura un delitto, rispetto al quale possa farsi questione sulla possibilità del suo tentativo. Ma mentre per lo più chi è colpito dalla interdizione dai pubblici ufficî solo mediante falsificazione di atti può cercar di sfuggire alle conseguenze della condanna, e quindi rispetto a lui l'applicabilità dell'articolo 278 o del 279 renderà quasi sempre superfluo il ricorso agli art. 61 e 234, essi mal si possono prestare a punire sia lui, sia quello che essendo sospeso dall'esercizio di una professione o di un'arte si industria per esercitarla, trattandosi di delitti, rispetto ai quali è difficile distinguere fra il periodo dell'esecuzione ed il momento della consumazione.

Nè di ciò è a dolersi, mentre anzi si sarebbe potuto fare anche a meno di prevedere il delitto consumato, salvo a formulare alquanto diversamente l'art. 185, che prevede precisamente un'ipotesi, nella quale si doveva far rientrare quella, che si volle prevedere distintamente al n. 1 dell'art. 234.

Di tutti i delitti preveduti dai capitoli ottavo e nono del titolo quarto, e dal titolo quinto nei tre capitoli, di cui consta, solo quello contemplato dall'art. 255, è costituito da una azione, che deve venir preceduta da atti i quali meritano di venir puniti anche quando non valgano a porla in essere. Coloro che credendo d'aver diritto a passare per un campo, il cui accesso è precluso da una siepe, sono sorpresi mentre muniti di falcetto si sono approssimati ad essa, per praticarvi un varco; quelli che incaricati di una sfida sono trovati da un delegato di pubblica sicurezza, mentre stanno per esporre l'ambasciata, dopo d'essersi fatti introdurre alla presenza di colui, che vogliono sfidare; lo sfidante e lo sfidato, che muniti di porto d'arme e provvisti di armi si avviano al luogo del combattimento, hanno però tutti iniziata l'esecuzione di un'azione diretta alla consumazione di un delitto, e per salvarli dalla pena, di cui apparisce in pratica evidente l'inopportunità, bisogna ricorrere alla distinzione fra delitti materiali e delitti formali, che non ha alcuna base nella legge.

23. E similmente bisogna ricorrere alla distinzione destituita essa pure di fondamento legale fra delitti, che son tali per l'indole loro e delitti che lo sono per volontà del legislatore, sebbene per la loro indole siano atti preparatorî, per esimere da pena chi è sorpreso mentre sta compilando un proclama rivoluzionario, od elaborando il progetto d'ordinamento del corpo armato, che intende costituire, o mentre sta per dare il proprio nome all'associazione delittuosa, o mentre prepara vettovaglie ed alloggio per gli associati.

Intanto gli art. 61 e 255 lasciano impunito colui, che all'intento di suscitare tumulto ha progettato lo scoppio di bombe o mortaletti, se la polvere di cui voleva procurar l'esplosione per umidità o per altra causa, che può similmente essere affatto indipendente dalla sua volontà, venga dai periti dichiarata assolutamente inetta allo sparo. Ma se non è pericolosa l'accensione della miccia, quando essa invece di essere al contatto della polvere pirica, si trova ad essere affondata nella segatura, che provvidamente è stata da alcuno sostituita alla polvere, pericolosa è l'azione, che si compie da chi volendo suscitare tumulto concepisce il progetto di far esplodere in mezzo alla folla alcuni mortaletti, e se li procura, e dopo d'averli caricati e muniti di miccia procede alla accensione di questa. Per quanto l'intervento di altri o casi fortuiti possano impedire lo scoppio, il solo fatto di averlo voluto procurare e di avere agito in modo conforme a tale volizione dovrebbe dar luogo alla irrogazione d'una pena, avendosi il concorso così dell'elemento oggettivo, che si concreta nel pericolo, come di quello soggettivo, che è rappresentato dalla serietà del malvagio proposito manifestato mediante l'azione. E quindi invece di far affidamento nell'art. 61, che in questi casi non offre sufficiente guarentigia si dovrebbe direttamente dichiarare punibile anche chi *procura* di far scoppiare bombe, mortaletti o altre macchine o materie esplodenti, fissando per lui in venticinque mesi il massimo della pena.

L'uso del verbo *procurare* o di altro equivalente basterebbe ad escludere dalla pena e chi ha bensì detto ad altri di voler far scoppiare la bomba, forse credendo egli stesso di volerlo, ma in realtà non avendo ancor fatto nulla per farla scoppiare, non ha mai data prova d'avere effettivamente la volontà di produrre lo scoppio, giacchè la volontà umana si manifesta soltanto col determinare all'azione; e chi pur essendo maligno, non è individuo nocivo, difettando della capacità di coordinare le azioni esteriori alle proprie volizioni, sicchè per produrre una detonazione dà fuoco ad una certa quantità di polvere sparsa per terra.

Se si prescinde dalla differenza specifica, che passa fra questi

delitti non si sa indicar chiaramente la ragione per cui si deve punire chi avendo preparata una bomba è trattenuto dall'accendere la miccia, e lasciare impunito chi avendo redatto un cartello di sfida per iscritto non riesce a consegnarlo, perchè glielo strappa di mano un funzionario di pubblica sicurezza, del quale abbia invocato l'intervento colui, che doveva esser sfidato. Ma è ben difficile invece, che chi caso per caso esamini l'azione, il cui esaurimento costituirebbe un delitto, si inganni nel decidere se convenga o no dichiarare, che costituisce delitto anche lo iniziarla.

L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, la sfida, il duello son costituiti da fatti, che si puniscono non perchè riescano direttamente ed immediatamente nocivi, ma in vista delle conseguenze deplorevoli, cui potrebbero dar luogo, e che non sempre si verificano. Non tutti gli atti arbitrariamente compiuti per far valere le proprie ragioni indipendentemente dal ricorso alla giustizia provocano una guerra civile in piccolo; non a tutte le sfide tien dietro il combattimento: non tutti i duelli riescono cruenti. Quindi sarebbe una esagerazione il punire anche chi ha fatto sorgere il pericolo di fatti, che si puniscono perchè pericolosi. Ma lo scoppio d'una bomba anche quando non abbia per conseguenza uno scompiglio, che provochi cadute e lesioni dei fuggenti, produce direttamente ed immediatamente un perturbamento abbastanza grave dell'ordine pubblico, perchè sia doveroso non aspettare, che siasi verificato di fatto per procedere alla applicazione della pena, e convenga punire anche chi lo ha reso possibile.

Non mi pare che lo stesso sia a dirsi in ordine all'istigazione a delinquere, all'associazione per delinquere ed all'eccitamento alla guerra civile, trattandosi di atti, che si incriminano per la preoccupazione degli ulteriori delitti, cui possono dar luogo; ma del resto affermando, che per decidere quando si incominci a dover punire l'esplicazione dell'attività criminosa occorre riferirsi al fine a cui essa è diretta, e non alla distinzione generica fra preparazione ed esecuzione, non pretendo, che basti adottare tale sistema, per emettere giudizi infallibili. L'esperienza insegna invece, come ben spesso ci accada di far malamente anche le cose più facili, e di risolvere erroneamente le più semplici questioni. Però mentre a noi o ad altri, ripetendo l'operazione o riesaminando la questione, riesce agevole di rimediare l'errore o di scoprirlo, quando il metodo, che seguiamo, è corretto, agli errori antichi ne aggiungiamo dei nuovi, od alla falsa opinione anteriore ne sostituiamo altre egualmente false, senza per-

venire mai ad una conclusione sicura ed accettata da tutti, quando sbagliata è la strada, sulla quale ci siamo messi.

24. Sempre più evidente apparisce la fallacia della teoria invalsa sul tentativo, ove si proceda a farne l'applicazione ai delitti contemplati al titolo sesto.

La sua insufficienza, che del resto non è negata da alcuno, a provvedere a tutte le contingenze possibili è apertamente riconosciuta dagli art. 260, 271, 294 capov. ult., i quali per altro in difetto d'una espressa disposizione contraria si potrebbero voler ancora combinare coll'art. 61.

Essa conduce poi a pareggiare la condizione di chi venisse sorpreso, mentre sta contraffacendo una moneta a quella di chi fosse colto, mentre sta redigendo un falso documento. Ora ognun vede quanta differenza interceda fra l'uno e l'altro caso. Così la fabbricazione della falsa moneta, come quella del falso documento riescon nocive non in sè stesse, ma per l'uso pregiudizievole agli altrui diritti, che si può fare della moneta falsa e del falso documento. Però mentre una volta fabbricata la falsa moneta, il metterla in circolazione è cosa d'un momento, il trarre profitto da un documento falso è impresa ben altrimenti lunga e malagevole. Inoltre mentre alla falsificazione di una moneta tien prontamente dietro quella dell'altra, essendo identico sia il modo di fabbricarle, sia quello di utilizzarle; le falsificazioni degli atti non si seguono con eguale rapidità, perchè anche quando la falsificazione venisse eretta ad industria, ipotesi che può verificarsi solo rispetto ad alcune specie di atti, quali sarebbero i certificati penali, i diplomi scolastici, ed altri simili, gli atti falsi non potrebbero venire lanciati ad un tratto sul mercato, e converrebbe sempre aspettare, che si presentassero coloro, che sarebbero in condizione di profittarne.

Sicchè volendo adattare le disposizioni legislative alla considerazione dei fatti, ai quali esse si riferiscono, invece di desumerle da sistemi scolastici, si dovrebbero lasciare impuniti coloro, che non sono ancora riesciti a completare la scrittura falsa, rendendo così imminente il pericolo, a cui il suo uso può dar luogo, limitandosi ad incriminare, prevedendole direttamente, le azioni dirette a commettere alcuno dei delitti contemplati nei primi due capitoli del titolo.

Neppure converrebbe prevedere il tentativo, che del resto in linea di fatto rispetto alla maggior parte di essi è difficilmente verificabile, dei delitti preveduti nel capitolo ultimo, salvo forse a modificare, trasportandolo nel libro secondo, che è la sua congrua sede, l'art. 459, il quale prevede precisamente una azione, che può servir di mezzo

alla perpetrazione del delitto previsto dall'art. 293, ed a ricorrere agli art. 154, 173, 176 od a quegli altri, che fossero indicati dalla specialità del caso, rispetto a chi per commettere il delitto previsto dall'art. 299 consumasse un altro reato.

25. Pressochè tutto il titolo settimo si può considerare diretto ad ovviare agli inconvenienti, cui ci troveremmo esposti nella pratica, se per giudicare sulla responsabilità incorsa da chi ha compiute azioni pericolose, dovessimo sempre ricorrere all'art. 61 combinato con quelli, che prevedono l'ipotesi dell'inferimento effettivo del danno da tali azioni reso possibile. Gli art. 301 e 303 sostituiscono alla nozione generica del tentativo, la descrizione specifica degli atti, che possono compiersi per produrre la verificazione dei delitti preveduti dagli art. 300 e 302, ed è notevole, come l'art. 301 correttamente equipari alla consumazione effettiva dell'incendio un atto, quale sarebbe quello della semplice collocazione di materie infiammabili accanto all' edifizio designato alla distruzione, che costituisce preparazione all'incendio, e non atto di esecuzione di esso. Gli art. 306 e 307 incriminano fatti, che potendo rispettivamente avere per risultato la produzione di un naufragio o la continuazione di un incendio od il non impedimento di una inondazione, di una sommersione o di un naufragio, mal rientrerebbero nella generica definizione dell'art. 61.

Ad analoghi intenti sono ispirati gli art. 312, 313, 317, 320, 322 ed il 319 nella parte in cui equipara alla contraffazione la messa in vendita delle cose contraffatte. Rispetto al 326 va ripetuto quanto si è osservato in ordine al 293.

Sicchè per rendere affatto superfluo rispetto a tutto questo titolo il ricorso all'art. 61 non resterebbe, che a prevedere specificatamente l'azione diretta alla perpetrazione del delitto previsto all'art. 318. Nè rispetto ad essa attualmente è da fare grande assegnamento su tale articolo, perchè a renderlo applicabile occorre e che l'azione di corruzione o di avvelenamento si sia iniziata, e che risulti la effettiva idoneità delle sostanze infuse nell'acqua potabile o nei generi alimentari a corrompere ed avvelenare. Ma in considerazione della gravità del pericolo e della malvagità dell'intenzione la pena dovrebbe essere invece subordinata soltanto all'esecuzione di atti diretti a corrompere od avvelenare l'acqua o gli alimenti, ed applicarsi quindi anche a chi sia sorpreso mentre sta scoperchiando l'acquedotto od eseguendo altri atti analoghi, che sebbene non costituiscano principio di esecuzione della corruzione, dimostrano la serietà dell'intenzione, ed a chi abbia gettata nell'acqua una sostanza, che a causa della temperatura troppo bassa di essa o per altra simile circostanza non possa discio-

gliersi; esimendone solo chi abbia compiuti atti, che sebbene da lui fossero indirizzati all'avvelenamento, non possono dirsi oggettivamente diretti ad esso, quali sarebbero l'infusione nell'acqua di sostanze notoriamente innocue compiuta da chi non si ingannava sulla loro qualità, per quanto si ingannasse sulla loro efficacia, e le provviste di sostanze atte a corrompere od avvelenare non seguíte da fatti, che dimostrino una seria volontà di farne uso.

26. Fra i delitti contro il buon costume alcuni, quali quelli previsti dall'alinea dell'art. 331 e da quello del 347, per venire commessi hanno bisogno, per la definizione, che ne dà lo stesso legislatore, di venir preceduti da atti, che già di per sè costituiscono a lor volta un delitto. Nel delitto di bigamia tale necessità dovrà, a quanto pare, verificarsi sempre di fatto, mal comprendendosi, come questo delitto possa venir perpetrato indipendentemente dalla previa falsificazione degli atti occorrenti a convincere l'ufficiale dello stato civile, che nessun ostacolo legale si oppone alla celebrazione del matrimonio. Per altri, che sarebbero quelli previsti dagli art. 333, 340 e 341, la necessità si avrà o no a seconda della forma, nella quale il delitto si esplica, in quanto il legislatore parificando all'uso della violenza e della minaccia, mezzi che non possono essere adoperati senza delinquere, altre circostanze, ha creato tipi proteiformi di delitti, che possono venir indifferentemente commessi con azioni di natura sostanzialmente diversa.

Rispetto ad una parte non indifferente dei delitti repressi al titolo ottavo pertanto la teoria del tentativo riesce affatto superflua, mentre poi il confronto della pena a cui si arriva combinando il disposto dell'art. 61 con quello degli articoli, che prevedono le varie ipotesi di attentati violenti al buon costume, colla pena comminata dall'articolo 154 induce a dubitare, che o questa sia troppo mite o quella eccessivamente severa. Nei casi infatti in cui colla violenza o colle minaccie si raggiunge l'intento, se questo consisteva nell'obbligar altri a dar balia del proprio corpo a chi su di esso voleva sfogare le sue lubriche voglie, il fatto nelle attuali condizioni di civiltà ha effetti abbastanza gravi per chiunque lo subisca, e gravissimi poi se ne sia vittima una donna. Il giurista può per conto suo ritenere esagerata la valutazione della entità degli attentati violenti al pudore, ed essere inclinato a vedere in essa un avanzo delle opinioni proprie delle società primitive, che ripongono tutto il valore della donna (giacchè è quasi sempre contro di essa che si commettono tali reati, ed è ad essa che si pensa nel prevederli) nella attitudine alle funzioni sessuali; ma intanto deve riconoscere, come per ora su questo

punto la società attuale non differisca poi moltissimo da quella antica, e se alcune fra le femmine indirizzano ad altra meta le loro aspirazioni, per la maggior parte di esse la consecuzione dell'amore dell'uomo è ancora il supremo dei desideri. Ed in linea di fatto va pure riconosciuto, come la donna di cui, sebbene suo malgrado, abbia goduto chi non le sia unito dal vincolo coniugale, se può ancora eccitare desiderio di sè in altri, ben difficilmente può ispirare amore. Ma quando violenze e minaccie sono state inutilmente poste in opera, l'essere state provocate da appetiti sessuali, anzichè da prepotenza e brama di soperchiare dovrebbe considerarsi come una circostanza atta piuttosto ad attenuare, che non ad accrescere la gravità del fatto. Sotto il punto di vista del danno immediato, che si residua nello spavento e nel dolore provato dalla persona violentata e minacciata, non si ha infatti allora più differenza alcuna fra l'un caso e l'altro, mentre sotto quello soggettivo si hanno da un lato impulsi ingeniti ad ogni uomo, e dei quali è da augurarsi soltanto che siano frenati dalla ragione e non che abbiano ad estinguersi, dall'altro passioni direttamente ed intrinsecamente incompatibili con qualsiasi ordinata convivenza sociale.

Ma neppure rispetto agli altri delitti preveduti nel titolo pare, che sia da fare grande assegnamento sulla teoria del tentativo, per tutelare la società ed i privati contro gli autori di fatti inutilmente indirizzati alla loro consumazione.

Nei suoi quattro numeri il capoverso dell'art. 331 prevede altrettanti casi di congiunzione carnale dichiarati violenti in considerazione delle condizioni proprie della persona, alla quale il colpevole si è congiunto, che le rendevano impossibile la resistenza. Ma se nei casi di violenza effettiva è difficile, che il coito sia preceduto da altri atti di libidine, è ancor più difficile, che questa precedenza non si abbia quando la persona alla quale si vuole unirsi non fa opposizione effettiva, sebbene il legislatore la consideri come renitente all'amplesso. In quelli poi l'uso della violenza o delle minaccie permetterà di conoscere l'intenzione delittuosa dell'agente prima che egli l'abbia realizzata, ed indipendentemente da atti di libidine, che la manifestino; ma quando violenza vera non si ha, io non saprei davvero come si possa indovinare, se egli non la abbia estrinsecata con atti di libidine, la volontà nel giudicabile di aver rapporti sessuali colla persona, che si trova in una delle condizioni previste nei quattro numeri del capoverso dell'art. 331. Esse veramente son tali da dover far tacere ogni lubrica voglia in chi non sia pervertito da una vita dissoluta o da alterazioni organiche; per altro il legisla-

tore non deve chieder conto all'uomo delle sue voglie lubriche, ma solo d'averle appagate in circostanze, che ne rendevano la soddisfazione incompatibile colle esigenze del vivere civile. E fino a che qualche atto di libidine non sia compiuto, manca la base, sulla quale fondare l'addebito d'una dedizione agli istinti sessuali pregiudizievole alla società.

Si potranno pertanto avere bensì, sebbene di rado, fatti, ai quali, indipendentemente dal disposto dell'art. 78, sia applicabile soltanto il capoverso dell'art. 331 e non l'art. 333, ma non mi pare concepibile l'ipotesi d'un tentativo dei delitti previsti in questo capoverso, che non abbia posti in essere quelli atti di libidine, alla cui repressione tende l'art. 333. Ora l'applicazione della teoria del tentativo conduce a questa singolare conseguenza: che se il giudice si convince essersi gli atti libidinosi compiuti come avviamento alla copula non può estendere la pena oltre ai cinque anni, mentre se ritiene, che le mire dell'agente non andassero al di là di esse, può arrivare ad infliggere sette anni di reclusione. Il minimo è di un anno in entrambi i casi.

Anche l'art. 335 potrebbe, quando fosse messo in relazione coll'art. 61, dar luogo ad una analoga incongruenza. Il legislatore non ha distinto fra gli altri atti di libidine ed il coito, ed ha minacciata genericamente la reclusione sino a trenta mesi e la multa da lire cinquanta a millecinquecento a chi corrompa una persona minore dei sedici anni. Non sarebbe quindi censurabile da alcuno il magistrato, che avesse applicato il massimo della pena a chi fosse convinto d'aver palpeggiato gli organi sessuali d'una giovanetta di età inferiore a quella fissata dalla legge come limite della tutela penale dai rapporti carnali non violenti, purchè non risultasse, che egli lo faceva per invogliare maggiormente essa o sè stesso alla copula, e quando si avesse questa prova ulteriore, l'art. 61 potrebbe volersi, sebbene a torto, invocare, per ottenere la riduzione di queste pene alla metà.

Di tentativo non si può certamente parlare rispetto al delitto previsto all'art. 337, ed i processi, che si volessero fare per tentativo dei delitti previsti nei due articoli successivi, sarebbero atti essi stessi ad offendere piuttosto che a tutelare il pubblico pudore, divulgando le notizie di cose, che, come il legislatore stesso ha mostrato di ritenere, in quanto ha fatto della pubblicità uno degli estremi del reato, fino a quando restino segrete, non riescono socialmente dannose.

Nè del ratto con inganno, nè di quello consensuale similmente

pare che si dovrebbe incriminare il tentativo, come non lo si deve in genere incriminare ogni qualvolta non si tratti di fatti, che pongano in luce la temibilità del loro autore. Non ostante il tenore generico dell'art. 61, che lo rende applicabile anche a questi delitti, non mi pare che abbia del resto ad essere agevole il trovare un giudice disposto a dar corso alla querela di una maggiorenne o di una maritata, che si lagnasse di chi, adescandola con fallaci promesse a cui non ha dato ascolto, voleva condurla a viver seco, od a quella di un incauto genitore, che propalasse il piano di fuga, reso vano dalla sua vigilanza, combinato fra sua figlia ed un amante. Colla teorica della inidoneità dei mezzi non sarebbe difficile neppure adesso liberarsi da siffatte inopportune querimonie. Ma un esame diretto del loro fondamento, quale dovrebbe farsi abbandonando la teorica generica del tentativo, condurrebbe certo a tutelare penalmente l'ordine delle famiglie dalle lesioni effettive, rifiutando l'intervento legislativo nei casi di semplice pericolo del suo perturbamento, giacchè non è conveniente ricorrere all'applicazione di una pena contro persone, dalle cui molestie coloro, che se ne lamentano, possono quasi sempre liberarsi benissimo coll'interdire loro l'accesso nella propria abitazione.

Per commettere i delitti previsti agli art. 345 e 346 si può rendersi colpevoli di quello preveduto al 154; nelle proposte fatte dal lenone si può ravvisare il delitto punito dall'art. 395; ma dato che gli atti diretti alla loro consumazione non costituiscano essi stessi uno speciale delitto, non pare opportuno incriminarli in considerazione del fine, al quale tendevano. Che l'eccitamento ad atti delittuosi o turpi debba incriminarsi solo, quando sia riescito efficace, è proposizione, che venne dal nostro legislatore condannata al capoverso dell'art. 173, al secondo capoverso dell'art. 218, all'art. 246, e che razionalmente non potrebbe approvarsi; ma neppure sarebbe meritevole di approvazione la proposizione contraria. È al tenore della proposta turpe o delittuosa ed alle circostanze, nelle quali vien fatta, che bisogna riferirsi, per decidere, se convenga o no di punirla anche nel caso, in cui sia rimasta inascoltata. Quando si proponga ad alcuno di compiere un'azione lesiva di un altro, costui, anche se la proposta venga rigettata, sente menomata la propria sicurezza, e di fronte a lui assume il valore di un fortunato accidente, che ha reso innocuo in concreto il fatto pericoloso compiuto dal proponente, l'eventualità della avvenuta reiezione. Quando invece si tratta di una proposta, il cui accoglimento riescirebbe pregiudizievole a quello stesso al quale vien fatta, la punibilità del suo autore dovrebbe subordinarsi sempre alla

condizione, che essa venga effettivamente accettata, giacchè fondamento giuridico della sua incriminazione è la presunzione della inesperienza della persona, cui la proposta si è diretta, e la comminazione della pena tende a reprimere chi abusi di tale inesperienza. Ove pertanto la persona di età minore respinga le proposte del lenone, si mostra con ciò fornita di senno sufficiente, per poter fare a meno della speciale tutela accordata ai minorenni dagli art. 345 e 346, e non è più il caso di un intervento dello Stato, a meno che il fatto sia stato accompagnato da circostanze tali da renderlo punibile indipendentemente dalla considerazione della tenera età della persona in confronto della quale si è svolto.

Analoghe considerazioni sono a farsi rispetto al delitto preveduto nel capoverso dell'art. 347, che estende la tutela accordata di fronte a tutti a chi per l'età immatura è meno atto a difendersi dalle insidie che gli si tendono, a coloro, che sono sottoposti all'altrui autorità, ma solo di fronte a chi di questa autorità è investito, trattandosi di una causa di debolezza, che dipendendo dai rapporti in cui i tutelati si trovano con altre persone e non da loro qualità personali nel senso stretto della parola, ha un valore relativo e non assoluto.

Pur dichiarando [1]) non esservi ragioni giuridiche per negare la punibilità del tentativo d'adulterio, Carrara opinava [2]), *che il legislatore dovesse limitare l'azione di adulterio al solo delitto consumato ed agli altri casi provvedere con una disposizione e con una pena speciale, distinguendo il caso in cui il supposto tentativo proceda o dal solo uomo, o dalla sola donna, o dall'accordo di entrambi.* Come intanto dovesse procedere il giudice nell'applicazione di una legge, che lasciasse il delitto di adulterio soggetto alla regola generale della punibilità del tentativo non lo dice chiaramente, essendogli sembrato [3]) di non poter *entrare in questo campo senza scendere a discussioni oscene dalle quali rifugge la penna,* e si limita a ricordare *che dove non è principio di esecuzione manca lo elemento materiale del tentativo punibile, per quanto possa essere accertata la lubrica intenzione degli agenti, e che il pervertimento dei sensi conducendo spesso a desiderare dei soddisfacimenti che non sono conformi al voto della natura, i quali (quando anche si fosse raggiunto il fine voluto) non avrebbero offerto la consumazione dello adulterio, non sempre dalla prova per quanto com-*

---

[1]) *Programma,* Parte speciale, vol. V, pag. 404, Lucca, 1888.

[2]) *Programma,* vol. ed ed. cit., pag. 408.

[3]) *Programma,* vol. ed ed. cit., pag. 405.

pleta dei preludi amorosi se ne può argomentare neppure la prova della intenzione di adulterare.

Ora è verissimo, che tali ammonimenti riassumono opinioni assai diffuse fra i giuristi in tema di adulterio, e che si erano del resto dal Carrara già ricordate illustrando i *criteri essenziali* a questo reato fra i quali aveva posta la *seminatio intra vas* [1]). Ma prima di accettare tali opinioni conviene però riflettere alle condizioni, nelle quali esse si son venute formando.

La *Venere mostruosa* pel diritto comune costituiva un delitto più grave ancora dell'incesto [2]), che già si considerava come più grave dell'adulterio [3]), e quindi la distinzione fra l'adulterio e gli atti di libidine diversi dal coito si faceva non all'effetto di esonerar questi da pena, ma per sottoporne gli autori ad una pena più severa [4]). Ma dopo che il movimento di riforma iniziatosi nella legislazione penale al cadere del secolo decimottavo ebbe condotto dapprima ad una mitigazione [5]) del rigore esorbitante spiegato contro questi fatti, nei quali iperbolicamente si riscontrava [6]) l'uccisione di tanti uomini di quanti si era profuso il seme, e poscia a cancellarli affatto in parecchie legislazioni, fra le quali è compresa la nostra, dal novero dei reati; la persistenza in questa distinzione avrebbe per effetto di assicurare l'impunità ad una violazione della fedeltà coniugale, che se non può avere per effetto la intrusione nella famiglia d'una prole non generata dal marito, non arreca per altro alla pace domestica una perturbazione minore di quella dipendente dalla consumazione del coito. Ora è precisamente l'ordine della famiglia il bene, che si vuol tutelare dal legislatore, quando procede alla incriminazione dell'adulterio. E del resto neppure quando esso sia commesso per mezzo del coito si ha la certezza che abbia per risultato la fecondazione della donna; è nel sospetto che esso ingenera nell'animo del marito intorno alla provenienza della prole, che si concreta una fra le conseguenze dannose dell'adulterio, e siccome questo sospetto non si riferisce mai esclusivamente alla copula singola, che si ebbe occasione di constatare, ma si estende ed al periodo in cui già la moglie adultera aveva relazione, che fino ad allora si supponeva innocente,

---

[1]) *Programma*, vol. ed ed. cit., pag. 355.

[2]) ANTON MATTEO, *Commentarius ad libros XLVII et XLVIII digestorum*, Colonia, 1727, pag. 420 e seg.

[3]) ANTON MATTEO, op. ed ed. cit., pag. 418 e 420.

[4]) HAEBERLIN, *Grundsätze des Criminalrechts*, Lipsia, 1848, vol. III, pag. 228.

[5]) CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa*, Pisa, 1819, vol. II, pag. 220.

[6]) ANTON MATTEO, op. ed ed. cit., pag. 470.

col drudo, e ad uomini diversi da esso, la consapevolezza dei rapporti illeciti, qualunque ne sia la natura, interceduti fra la propria moglie ed un altro, basterà ad ingenerarlo. Nè deve indurre ad insistere in questa distinzione, che se ha un valore fisiologico, giuridicamente non ne ha alcuno, perchè non si collega ad una diversità di effetti rispettivamente proprî agli atti, che si voglion mantenere distinti, il riflesso fatto valere dal Carrara [1]), che il marito propriamente non si può lagnare d'una vera violazione del diritto *trattandosi di un atto a cui davvero non può vantare diritto neppure lui*, giacchè in primo luogo l'adulterio non è costituito dalla violazione del diritto soggettivo del conjuge alla fedeltà coniugale, non essendovi allora ragione per distinguere fra l'adulterio della moglie e quello del marito, ma bensì dal perturbamento della pace domestica e dell'ordine della famiglia dipendente dalla violazione di tale diritto, e poscia il diritto del conjuge consiste nell'ottenere dalla moglie, che conduca una vita onesta.

Dato che convenga pareggiare [2]) al coito la libidine contro natura, bisogna rinunziare anche alle lubriche distinzioni fra la immissione e la emissione del seme ed alle altre analoghe [3]) basate sulla opinione, che si dovesse considerare agli effetti penali, come solamente tentato l'adulterio, quando non si fosse fisiologicamente perfezionato l'atto, col quale lo si era commesso. Esse si erano saggiamente proscritte da parecchie [4]) fra le legislazioni particolari della Germania, ed invero se un bacio od ùn abbraccio non devono bastare a legittimare una condanna per adulterio, deve invece bastare a legittimarla il contatto fra gli organi genitali dell'uomo ad una parte qualunque del corpo della donna, perchè alle distinzioni che si volessero stabilire a questo riguardo non corrisponde affatto una diffe-

---

[1]) *Programma*, vol. ed ed. cit., pag. 355.

[2]) Nel passo citato alla nota precedente CARRARA riferisce d'aver visto da altri scrittori riferito, come a tale pareggiamento avesse proceduto il codice dal quale era governata la Prussia prima del 1851, ed infatti così disponeva il diritto territoriale generale del 1794. Attualmente però in Germania (v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlino, 1894, pag. 360) l'opinione contraria professata dal CARRARA è comunemente seguíta.

[3]) Intorno ad esse v. TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, vol. II, Halle, 1823, pag. 615 e seg., ed autori ivi citati; WÄCHTER, *Lehrbuch des römischen-teutschen Strafrechts*, vol. II, Stuttgart, 1826, parte 2ª, pag. 424 e seg., 551 e seg., ed autori ivi citati.

[4]) Codice di Sassonia del 1841, art. 162; codice del Würtemberg del 1839, art. 307; codice di Brunswick del 1843, § 197; codice di Hannover del 1840, art. 270, capov. 1; codice di Baden del 1845, § 372.

renza qualsiasi nella intensità degli effetti dannosi proprî a questi varî atti libidinosi, per quanto possa esser diversa la soddisfazione, che procurano a chi li compie, ed il legislatore nello incriminarli deve tener conto del nocumento che producono, e non del piacere che i loro autori se ne ripromettono.

Sarebbe una iniquità far colpa agli antichi dottori d'avere escogitate tali sottigliezze, giacchè solo con esse potevano riescire a limitare alla irrogazione d'una pena straordinaria il castigo di molti, che o perchè meno accorti o perchè non abbastanza ricchi e potenti si trovavano esposti al pericolo d'incorrere nell'estremo supplizio od in altra pena gravissima per fatti, che notoriamente allora, come ora, si saranno da moltissimi altri compiuti senza che alcuno pensasse a molestarli. Ma il volervi persistere sotto l'impero d'una legislazione, che commina contro l'adulterio la detenzione da tre a trenta mesi, non mi pare, che darebbe prova di un retto apprezzamento della loro missione per parte dei giuristi moderni. Le mutate condizioni dei tempi permetton loro di patrocinare apertamente la correzione delle leggi che ritengono difettose, sicchè è anche loro debito di adoperarsi lealmente ad agevolare, ed astenersi scrupolosamente dall'intralciare l'applicazione effettiva della volontà del legislatore nell'amministrazione pratica della giustizia.

Ad onta della subordinazione della consumazione dell'adulterio alla immissione del seme, non era esclusa per lo passato la possibilità di qualche condanna per adulterio consumato, in quanto che colla tortura si poteva ottenere la prova del fatto consumativo. Ma negli attuali giudizî non potendosi obbligare gli imputati a specificare in qual modo abbiano sfogata la loro libidine, bisognerebbe assolverli sempre o limitarsi a condannarli tutto al più per tentato adulterio, giacchè se rispetto agli altri delitti costituiti da fatti libidinosi il giudice è di consueto ridotto a trarre dalle dichiarazioni della parte lesa gli elementi della sua convinzione, nell'adulterio gli suol mancare anche questo sussidio, trattandosi di un reato, che si consuma in assenza di chi ne è vittima.

Il buon senso e le esigenze della vita reale, che ben spesso finiscono col prevalere sulla logica e sullo spirito sistematico hanno fatta prevalere nella giurisprudenza [1]) l'opinione, che si possa dichia-

---

[1]) Sotto l'impero del codice attuale è difficile, che la Cassazione sia chiamata ad interloquire sugli estremi della prova dell'adulterio, ma quando le si fornì l'occasione di farlo (v. sentenza 21 novembre 1900, *Riv. pen.*, vol. LIV, pag. 42; 22 giugno 1891, *Riv. pen.*, vol. XXXVI, pag. 520; 24 marzo 1890, *Riv. pen.*, vol. XXXII, pag. 322), mostrò d'approvare il sistema di non subordinare la con-

rar consumato il reato indipendentemente dalla prova del fatto consumativo: per altro sarebbe più corretto affrontare direttamente la questione, e dichiarare, che il concetto giuridico dell'adulterio non va confuso con quello fisiologico del coito, e che quegli atti di libidine, dai quali attualmente si vuole argomentare la consumazione, per eliminare mediante supposizioni arbitrarie gli inconvenienti pratici di una errata teoria, sono invece per sè stessi sufficienti alla consumazione del reato.

Una volta poi che fosse così modificata la nozione dell'adulterio, modificazione che non ha bisogno per effettuarsi di alcuna riforma legislativa, essendosi prudentemente il legislatore astenuto dal definire questo reato, più non sarebbe certamente il caso d'incriminare il tentativo. Sarebbe desiderabile, che seguendo per quanto lo consente la diversità del nostro diritto [1]) l'esempio offerto da altre legislazioni, si limitasse la punibilità dell'adulterio al caso, in cui il coniuge tradito abbia ottenuta sentenza di separazione personale: il dichiarare invece punibile anche il semplice tentativo di adulterio è cosa, che può farsi solo in omaggio alla massima, che la nozione del tentativo sia applicabile a tutti i delitti, prescindendo dal tener conto delle difficoltà, a cui la sua applicazione dà luogo.

L'adulterio propriamente ha per autrice la donna maritata, e chi la violenti, se dovrebbe punirsi più severamente di chi sottoponga alle sue oscene voglie una nubile, cosa a cui converrebbe provvedere con una congrua aggiunta ai quattro numeri del capoverso dell'art. 331, non si rende responsabile ad un tempo di violenza carnale e di correità in adulterio. Fino a che la donna non abbia pro-

---

danna alla prova specifica della consumazione della copula seguito dai giudici di merito. Accadeva più di frequente, che le venisse sottoposta la questione sulla prova, quando vigeva il codice sardo, che al capoverso dell'art. 485 limitava le prove, alle quali si poteva ricorrere per attingere la convinzione della colpevolezza del complice dell'adultera; ma sempre si ritenne, che dovessero aversi per sorpresi in flagrante adulterio coloro, che erano colti in circostanze, che inducevano a credere, che dessero opera a ludi venerei, indipendentemente dalla prova specifica della qualità di questi (Cassazione di Napoli, 13 marzo 1889, e Cassazione di Palermo, 12 luglio 1889, *Riv. pen.*, vol. XXX, pag. 471; Cassazione di Palermo, 8 giugno 1888, *Riv. pen.*, vol. XXVIII, pag. 176, e sentenze riferite in nota).

[1]) Il § 172 del codice germanico subordina la punibilità dell'adulterio alla condizione, che a seguito di esso siasi pronunziato il divorzio. Analoga disposizione contengono parecchi codici svizzeri, e fra questi quello del Canton Ticino, ove non è ammesso il divorzio, si riferisce precisamente alla separazione personale (STOOSS, *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts*, vol. 2, Basilea e Ginevra, 1893, pag. 274 e seg.).

ceduto ad un qualche atto, che la renda punibile, non si potrebbe quindi pensare alla punibilità dell'uomo, giacchè la sua responsabilità non è stabilita in modo diretto, ma per via di estensione della responsabilità nella quale è incorsa la donna. Ora non si può certamente partecipare ad un reato che non esiste ancora. Bisognerebbe pertanto che il mondo fosse popolato da donne simili alla moglie di Putifarre e da uomini casti quanto Giuseppe, perchè il parlare di tentativo di adulterio avesse senso pratico. La donna si dichiara dal legislatore, autrice del reato, non perchè questo sia costituito da fatti, dei quali ordinariamente essa assuma l'iniziativa, ma perchè l'obbligo della fedeltà conjugale è suo, ed è la trasgressione a questo obbligo quella, che, esponendo la famiglia al pericolo della dissoluzione legittima l'irrogazione della pena. Ma in questa trasgressione la donna suol incorrere solo cessando dall'opporsi, od opponendosi sempre più debolmente, agli assalti amorosi, che per conto loro cominciano a diventar punibili solo quando col non difendersi da essi la donna si sia resa già punibile essa, sicchè per lo più si avrà la consumazione del reato, quando ben lontana dallo averla prodotta mediante una serie di atti suscettivi di essere distinti in preparatori ed esecutivi, la donna continuerà ancora a sforzarsi od a fingere di sforzarsi di impedirla.

All'art. 354 il legislatore ha mostrato meglio che non all'articolo precedente di comprendere, come ad esso convenga non di erigersi a vindice della castità, ma di limitarsi a tutelare la compagine famigliare contro i fatti, che ne rendono inevitabile la dissoluzione, comminando una pena non contro l'adulterio del marito, ma contro la pretesa di trattare un'altra donna in modo da render impossibile alla moglie di continuare decentemente a conviver con lui. Le condizioni apposte alla punibilità del fatto son pertanto tali da escludere la ragionevolezza della incriminazione del suo tentativo.

Neppure rispetto al delitto previsto dall'art. 361 si può prescindere, come non lo si è potuto rispetto a quello preveduto dal 353, dal far precedere qualche osservazione sulla nozione della sua consumazione alle ricerche dirette a vedere, se convenga incriminare le azioni dirette a commetterlo. In questo articolo si prevedono alternativamente tre risultati, la soppressione dello stato civile, la sua alterazione, la procurata iscrizione nei registri dello stato civile di un infante inesistente, dei quali i primi due devono dipendere dall'occultazione o dal cambiamento di un infante, mentre quanto al terzo si fa astrazione dalla via tenuta per effettuarlo, e nella loro produzione si fa consistere la consumazione del delitto, contro il quale è comminata la reclusione da cinque a dieci anni.

La soppressione dello stato civile di un infante, alla quale si riferisce l'art. 361, si verificherà pertanto mediante la procurata omissione della sua iscrizione nel termine indicato dall'art. 371 del codice civile, mentre quando fosse la conseguenza della distruzione del registro, o la cancellazione in esso della parte attestante lo stato civile dell'infante, al fatto diverrebbe applicabile l'art. 283.

Ora mi pare, che si dovrebbe a questo riguardo distinguere fra le persone, a cui corre l'obbligo della denunzia della nascita e le altre. Per le prime il reato dovrebbe ritenersi consumato, quando abbiano lasciato trascorrere il termine dei cinque giorni senza procedere alla denunzia, salvo ad applicare invece della pena stabilita dal codice penale quella pecuniaria, che dovendo irrogarsi dal tribunale civile a norma dell'art. 404 del cod. civ. non ha propriamente carattere di pena, quando chi era tenuto alla denunzia riesca a convincere il giudice di non averla omessa se non perchè o riteneva, che altri vi avrebbe provveduto, o perchè non aveva badato al trascorrere dei giorni, o perchè si riservava di farla in seguito. Il lasciare indeterminato il momento nel quale si ha la consumazione di un delitto che propriamente consiste in una omissione a me pare pericoloso, perchè la mancanza di un termine fisso fa della prova difficilissima della intenzione nel colpevole di togliere all'infante lo stato civile una delle condizioni della condanna, mentre dovrebbe essere condizione del proscioglimento la prova dell'intenzione di avere solo voluto differire per l'infante l'acquisto dello stato, a cui la sua nascita gli dava diritto. Così definito il reato verrebbe meno ogni ragione per preoccuparsi del tentativo di esso.

I non obbligati alla denunzia possono contribuire a che essa non avvenga, coll'occultare di fatto il bambino, prima che questa sia avvenuta. Le persone ad essa obbligate dovrebbero comunque procedervi, ma dato, che siano rimaste estranee all'occultazione, l'omissione assumerebbe soltanto il carattere della trasgressione ad un dovere d'indole regolamentare prevista dall'art. 404 del codice civile, nè più si potrebbe considerarla come tendente a privare il neonato, che da costoro si crede o morto o sperduto in modo da non potere di fatto profittarne, del suo stato civile.

Ogniqualvolta la denunzia sia avvenuta, più non si può avere che l'alterazione dello stato civile, la quale può commettersi anche mediante l'occultazione dell'infante, giacchè se quando si sostituisce un bambino ad un altro si ha una alterazione doppia, quando si occulta un bambino, che si trova già in possesso di un determinato stato civile, si viene ad alterare questo stato di cose, in quanto che a lui

ne verrà in seguito attribuito uno diverso. Ora anche per questo caso gli interessi, che il legislatore vuol tutelare, sarebbero assai più efficacemente guarentiti, se si riproducesse la distinzione testè suggerita pel caso precedente, ed ampliando e modificando il disposto dell'articolo 362 si comminasse la pena portata da questo articolo contro chi consegnasse ad altri o lasciasse che da altri si abducesse un infante sottoposto alla sua potestà od affidato alla sua sorveglianza senza provvedere a garantirne l'identità, riservando la pena più grave portata dall'articolo precedente a chi sottraesse all'altrui potestà o sorveglianza un infante. Nè per l'uno, nè per l'altro caso mi pare, che vi sia ragione per preoccuparsi del tentativo, salvo ad applicare le congrue pene a chi per commettere il secondo di questi reati incominciasse dal rendersi responsabile di violazione di domicilio o di altro delitto per sè stante.

27. Nel titolo nono l'art. 383 è precisamente concepito in conformità all'indirizzo, che a me pare dovrebbe essere sempre seguíto, e non vedo perchè non si dovrebbe concepire alla medesima maniera l'articolo precedente. Quanto alla donna, se abbia inutilmente procurato di abortire, non mi pare, che sarebbe il caso di preoccuparsene; e del resto anche attualmente è difficile concepire la combinazione dell'art. 61 col 381, in quella parte, in cui prevede l'uso dei mezzi abortivi compiuto direttamente dalla donna, a causa della subordinazione della punibilità del tentativo alla condizione della idoneità dei mezzi. Ma se per abortire abbia ricorso all'opera d'altri, allora a me pare, che dovrebbe punirsi come partecipe al reato altrui. Attualmente anche in questo caso per lo più si dovrà dichiarare l'inesistenza del reato stante l'inidoneità dei mezzi, ma fino a che si vorrà considerare l'aborto come un delitto, a me pare, che una differenza fra caso e caso dovrebbe farsi.

Il legislatare non deve punire indistintamente l'estrinsecazione di qualunque proposito criminoso, nè subordinare l'applicazione della pena alla condizione, che i mezzi posti in opera per attuarlo sembrino al giudice idonei allo scopo, cui erano indirizzati. Deve direttamente prevedere l'ipotesi dell'attività diretta alla perpetrazione di un determinato reato, e decidere tenendo conto sia della natura e della entità di questo, sia dei caratteri, che essa presenta, a quali condizioni debba subordinarsene la punibilità. Ora fino a che una donna incinta compie atti tendenti a provocare l'aborto, sarà in pratica così difficile il provarlo, che non conviene provocare inutili procedure, che potrebbero talora anche venir chiuse da ingiuste condanne, col dichiararne la punibilità.

E del resto potrebbe anche succedere, che neppure la stessa autrice di questi atti ne apprezzasse rettamente la portata giuridica. La domestica o la contadina illegittimamente fecondata, può sottoporsi a lavori assai faticosi, confidando ad un'amica, che lo riferisce ad altri in modo da potersene avere la prova giudiziale, di farlo per abortire, ma forse anche se fosse maritata, e desiderasse, che la gravidanza arrivasse a buon fine non per questo lavorerebbe meno, salvo allora a non preoccuparsi dell'influenza, che gli strapazzi possono esercitare sul corso della gravidanza, o ad erompere in lamenti sulla sua condizione.

Molte volte accade, che facendo una cosa, che può condurci ad un risultato, che desideriamo, diciamo e crediamo noi stessi di farla proprio per avere questo risultato, mentre forse la faremmo egualmente anche indipendentemente da esso. Una differenza passa persino fra colei, che di sua iniziativa prende una medicina, che ritiene atta a provocare l'aborto, e quella, che richiede ad altri una sostanza adatta a farla abortire. Nel primo caso si ha sempre un fatto, del quale è assai dubbio, se sia veramente determinato dalla seria e ferma deliberazione di voler abortire, accadendo molte volte, ed essendo usuale a molte persone, di prendere purganti più a caso, per abitudine, per spirito d'imitazione, che per altro. È solo nel secondo, che si ha un fatto, che dal lato soggettivo manifesta un vero proposito, che più non si può confondere coi vaghi desiderî e le indecise aspirazioni, mentre dal lato oggettivo costituisce un pericolo non effimero di aborto, perchè se può in concreto accadere, che la persona a cui la donna incinta si è rivolta non sia molto più esperta di essa, in tesi generale l'aborto incomincia a diventar probabile, quando per ottenerlo la donna non si fida delle proprie cognizioni e si procura l'aiuto di altri. Ed anche nell'ipotesi di aborto tentato con mezzi meccanici, i soli del resto che siano veramente efficaci e veramente pericolosi, una differenza si ha sempre fra l'un caso e l'altro, perchè se in questa ipotesi le pratiche a cui procede la donna non possono avere altro movente, che il desiderio da essa concepito di abortire, non bastano però a manifestare una decisione veramente tenace, perchè quando questa vi fosse, la donna vedendosi incapace di produrre da sè l'aborto, ricorrerebbe all'opera d'altri. Quando ciò si verifichi poi, allora si ha anche una difficoltà minore di raccogliere la prova del fatto, e questa considerazione dovrebbe di per sè bastare a limitare a questo caso l'intervento della punitiva giustizia, non essendo conveniente procedere all'incriminazione di fatti destinati a svolgersi in condizioni, che ne rendono pressochè impossibile l'accertamento giudiziale.

Rispetto a nessuno dei delitti previsti nei capitoli V, VI e VII mi pare, che si dovrebbe pensare ad incriminarne il tentativo, perchè esso riesce impossibile in linea di fatto rispetto a quelli preveduti nel capitolo VI, e quanto agli altri, si tratta di delitti di così facile esecuzione, che chi vuole davvero commetterli, se pure per una qualche accidentalità non vi sia riescito subito dopo d'aver concepita la risoluzione criminosa, non può avere difficoltà a consumarli poco dopo, onde se non lo ha fatto, si deve concludere, che il suo proposito non era serio, o che lo ha senz'altro abbandonato [1]).

L'attenzione del legislatore dovrebbe quindi fermarsi esclusivamente sui delitti di omicidio e di lesione personale.

Rispetto ad entrambi, ma in proporzioni notevolmente maggiori rispetto al primo, l'ipotesi del tentativo è di assai agevole verificazione. Uccidere genericamente un uomo non è cosa difficile; ma è difficilissimo, che taluno si decida, essendo sano di mente, a togliere la vita ad una creatura umana pur che sia, e di frequente quindi accade, che alla esecuzione del progetto omicida si oppongano difficoltà più o meno rilevanti dipendenti dalla condizione, dalle abitudini, dalle qualità personali di colui, che si vuol uccidere: difficoltà, che sono accresciute dalla circostanza, che la massima parte di coloro, che vogliono uccidere, vogliono anche effettuare l'uccisione in modo da non venire scoperti.

E siccome d'altro canto si tratta pur sempre di difficoltà, che per lo più non dipendono dalla intrinseca qualità del fatto, che si vuol compiere, bensì dalle circostanze del momento, nel quale si cercava di compierlo, e quindi non hanno carattere di costanza, e non sono pressochè mai così gravi da non poter essere superate da chi reso edotto dalla esperienza ritorni all'impresa con maggior cautela e prov-

---

[1]) Ciò è tanto vero, che la Cassazione di Torino potè con sentenza 16 febbraio 1887 (*Riv. pen.*, vol. XXV, pag. 448, con nota in senso contrario) dichiarare non costituire principio di esecuzione del reato di diffamazione la consegna dello scritto diffamatorio al tipografo preceduta dalla stipulazione del contratto, col quale questo assumeva l'obbligo della stampa, e seguita dalla stampa per parte del tipografo. Ora è certo, che volere colla Cassazione torinese attendere l'inizio della pubblicazione, per parlare di tentativo, è un confondere l'esecuzione colla consumazione: ma quando si vede un Collegio Supremo ricorrere a sofistiche argomentazioni per non applicare ad un determinato reato una regola d'indole generale, è ragionevole il dubitare, che a torto le si sia impresso carattere di generalità, e che convenga invece limitarla a quei reati, rispetto ai quali, mediante l'esame specifico della loro natura, si sia acquistata la convinzione, che essa riesce opportuna.

visto di mezzi migliori, non è da dubitare intorno alla convenienza d'incriminare il tentativo dell'omicidio.

Certo sarebbe preferibile, che a tale incriminazione si procedesse adottando la formula semplicissima adoperata nell'articolo, dal quale si inizia il libro secondo ed in molti dei successivi.

Se si comminasse la reclusione da sei a dieci anni e mezzo, volendo persistere nella distinzione fra delitto tentato e delitto mancato, o da sei anni a dodici rinunziandovi, contro chiunque compie un fatto diretto a cagionare la morte di alcuno, elevando congruamente minimo e massimo pei casi previsti dagli art. 365 e 366, si fornirebbe al giudice un criterio, che per essere applicato non presuppone nè uno speciale acume, nè cognizioni particolari, che valgano a schivare errori, a cui possa esporre la letterale interpretazione della formula legislativa.

Questa locuzione invero si riferisce così all'elemento soggettivo del fatto, come a quello oggettivo, e li indica in modo da non doversi poi con distinzioni e spiegazioni più o meno arbitrarie modificare la portata della indicazione legislativa.

Chi parla di fatto diretto a cagionare la morte di alcuno incomincia dal richiedere nell'autore l'intenzione di uccidere, e soggettivamente pertanto la formula da lui usata equivale, salvo ad essere più breve, a quella adottata all'art. 61.

Nel fatto richiede poi una attitudine generica [1]) a condurre allo scopo voluto, ed è precisamente a questa attitudine, che si vuol accennare colla formula dei mezzi idonei, senza che però vi si riesca del tutto bene.

Riferendosi al fatto compiuto da colui, che per mezzo di esso vuole arrivare ad un dato risultato, si accenna invero al complesso delle circostanze, delle quali occorre tener conto, per decidere, se a questo fatto vada o no attribuita rilevanza giuridica. Riferendosi ai mezzi da lui adoperati, si accenna ad una parte soltanto di esse, e quindi il giudizio diventa più malagevole, e può più facilmente riuscire erroneo.

Facendo dipendere la questione della punibilità degli atti compiuti, per consumare l'omicidio, dall'esame della idoneità dei mezzi adoperati, si prescinde a torto dalle condizioni di tempo e di luogo e da quelle personali all'agente. E se per tener conto anche di queste

---

[1]) Tale attitudine si sarebbe espressa meglio che colla formula attuale con quella inutilmente proposta dal prof. BRUSA in seno alla Commissione di revisione (Verbale n. XIII, pag. 191 dell'edizione della Stamp. Reale, 1889): *Mezzi che presentano qualche probabilità di effetto.*

circostanze si distingue fra idoneità assoluta ed idoneità relativa, e si insegna, che pur essendo il petrolio od altre simili sostanze un veleno, non devono ritenersi idonee a commettere veneficio se non sulla persona di chi sia privo di olfatto e di palato, essendo agli altri impossibile di non rilevare l'odore ed il sapore della bevanda, e non rifiutarla, si finisce coll'arrivare faticosamente e dopo un giro vizioso, ove la formula della direzione del fatto bastava senz'altro a far pervenire.

Certo questa formula si rifiuta ad essere spesa genericamente rispetto a tutti i delitti, e niuno è che non veda quanto poco conveniente sarebbe dichiarare punibile chi compie un fatto diretto ad ingiuriare, a commettere adulterio od a consumare un altro qualunque dei delitti, rispetto ai quali il loro esame specifico dimostra, come sia inopportuno l'incriminarne il tentativo. Ma in ciò sta appunto il suo merito, perchè essendo chiara e semplice dimostra subito fin dove conduca la sua applicazione, mentre quella dell'art. 61 in tanto ha potuto ricevere carattere di generalità, in quanto è troppo involuta ed artificiosa, perchè sia facile indovinare, quali ne vengano ad essere gli effetti pratici.

Il parlare di fatto diretto a cagionare la morte come basta ad escludere la punibilità delle imprecazioni, della somministrazione di sostanze innocue per parte di chi ne conosceva la natura [1]), senza

---

[1]) Rispetto alla gravità morale dell'atto tanto vale dare zucchero, credendolo arsenico, quanto dare zucchero credendo, che lo zucchero sia sostanza venefica; e del resto ha perfettamente ragione KÖSTLIN affermando (*System des deutschen Strafrechts,* 1ª Sez., Tübingen, 1855, pag. 224 e seg.), che ogni tentativo presuppone egualmente un errore di fatto, cioè un erroneo assegnamento sul complesso di quelle circostanze, il cui concorso era necessario, perchè si verificasse la consumazione. Intanto però incomincia ad essere difficile, che un uomo dotato di criterio sufficiente, per essere imputabile, non sappia quali fra le sostanze d'uso comune sono innocue e quali velenose. Ma pel giurista poi assumono valore apprezzabile solo quelle fra le volizioni umane, che si appalesano atte a condurre l'uomo ad agire. Chi volendo andare in un dato punto non si cura di assumere alcuna informazione intorno alla strada, che vi conduce, e si mette a camminare a caso, nè merita ricompensa, se recandovisi intendeva rendere servizio, nè, dato che vi si volesse recare per nuocere, pel solo fatto d'essersi incamminato per una strada, che non vi poteva condurre, pur dicendo, che vi voleva andare, merita castigo. E del resto siccome le intenzioni degli uomini non si possono conoscere, se non desumendole dal loro modo d'agire, qualunque cosa possa dichiarare colui, che si mette a correre per luoghi a lui affatto sconosciuti, e senza avere assunta alcuna informazione o fatto alcun rilievo per orientarsi, le persone ragionevoli riterranno, che egli voglia far del moto o perder del tempo, od in genere fare qualunque altra cosa diversa dalla esecuzione del progetto di pervenire ad un

arrivare con ciò all'esagerazione di lasciare impunito chi invece di fallire nell'impresa criminosa per avere adoperati male i mezzi scelti, o per averli posti in opera in momento inopportuno, ha fallito per aver equivocato sulla qualità delle cose adoperate (ipotesi, che nè oggettivamente, nè soggettivamente presenta alcuna differenza giuridicamente apprezzabile dalle due precedenti), così basta anche ad eliminare le dispute intorno alla determinazione del momento, in cui l'estrinsecazione dell'attività tendente alla consumazione del delitto incomincia a diventar punibile.

Dicendo al giudice, che punisca l'autore del fatto diretto a cagionare la morte, lo si avverte lealmente, che l'omicidio appartiene al novero di quei reati, rispetto ai quali il legislatore in vista della loro gravità e della moltiplicità dei modi, in cui possono commettersi, non può senza esporre la sicurezza sociale a repentaglio limitarsi a specificare alcuni fra i fatti, che ne rendono temibile la verificazione. e che si fa affidamento sulla sua prudenza, affinchè non abbia a dar luogo ad esorbitanze questa genericità di locuzione, che però trova riscontro in altre disposizioni del codice, quali sarebbero ad esempio quelle relative all'ingiuria ed alla truffa (art. 395, 413). Dicendogli. che punisca chi a fine di commettere un omicidio ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione, non gli si dice in sostanza alcunchè di più preciso e meglio determinato, ma solo si adopera una formula, che, essendo alquanto involuta, della precisione e della determinazione può assumere la parvenza. Quando però si tratti di applicarla, allora si vede, come non potendosi parlare di incominciamento di esecuzione della uccisione, ma solo di incominciamento di esecuzione del fatto diretto alla uccisione, dipende precisamente dall'apprezzamento del giudice il decidere in quali atti questo cominciamento si riscontri.

Per altro finora alla libera esplicazione di tale apprezzamento nel campo dei fatti, ove troverebbe la sua vera sede, costituisce un ostacolo insormontabile l'uso, che della libertà lasciata loro dalla indeterminatezza della formula legislativa i giudici fanno nel campo del diritto.

Come se per loro la sostituzione della verità formale alla materiale

---

punto previamente determinato. Che se poi si pensa alla eventualità della somministrazione della sostanza innocua avvenuta, perchè avendo chiesto un veleno a persona, che si credeva disposta a darlo, si è stati da essa ingannati, allora il fatto diretto alla perpetrazione dell'omicidio si ha già nell'essersi rivolti ad essa, e questo fatto sarà di nuovo rilevante giuridicamente o no, a seconda che la richiesta si sia fatta a caso alla prima persona, nella quale è accaduto di imbattersi, od in condizioni, che ne rendevano verosimile l'accoglimento.

fosse diventata un bisogno, e fossero divenuti incapaci di procedere altrimenti che condotti per mano da alcuno, invece di dedurre dalla constatazione dell'insuccesso dei tentativi di definizione legislativa del tentativo punibile la conseguenza così ovvia e naturale, che la nozione di esso debba essere costituita soltanto dalla applicazione alla materia dei reati della nozione generale e d'uso comune del tentativo, chiesero agli scrittori una qualche definizione abbastanza precisa per rendere impossibile lo scandaloso spettacolo di un giurista costretto a servirsi delle parole nel senso, che ad esse danno coloro, che non sono esperti nel diritto, e li incoraggiarono, col mostrarsi schivi dal porre a base delle loro decisioni concetti viziati dal difetto della semplicità e della naturalezza, a supplire con acconcie illustrazioni o definizioni dei termini usati nella prima definizione a quelle eventuali incertezze, che avessero lasciato adito in qualche modo alla possibilità di dichiarare, che si ha un tentativo di omicidio in un fatto, che non presenti altra particolarità, che quella d'essere stato compiuto a fine d'uccidere.

Chi non sia giurista non può esitare ad affermare, che colui, che volendo procurare la morte di alcuno, senza dover incaricarsi personalmente di ucciderlo, cerca di indurre un altro alla uccisione, pone in essere un tentativo di omicidio dal momento, in cui inizia le trattative dirette a condurre alla consumazione di tale reato.

Certo al mondo disgraziatamente non mancano uomini disposti a diventar sicarî, purchè trovino un prezzo, che sembri loro adeguato, onde potrebbe venire in mente ad alcuno di osservare, che anche volendo ammettere, che si abbia un principio di esecuzione dell'omicidio nelle pratiche tendenti ad assoldare un sicario, non si possa a meno di accordare il benefizio dell'impunità, promesso dal capoverso dell'art. 61 a chi desiste dagli atti iniziati, a colui, che, fallite le prime trattative, si astiene dallo aprirne altre, e convenga pertanto attendere per lo meno, che l'accordo criminoso sia concluso per dichiarare punibile il fatto.

Ma una simile argomentazione è ammissibile solo quando si tratti di fatti di così agevole esecuzione, da non potersi davvero attribuire se non alla desistenza del proposito di compierli, il non avere immediatamente rinnovata la prova, quando per una qualche accidentalità non si sia riesciti subito, come talora avviene anche rispetto alle imprese più semplici, ad effettuarli. Quando risultasse, che taluno ha condotto l'infante, che s'era deciso ad abbandonare, in luogo appartato, ma è ritornato con esso a casa, perchè inopinatamente si è imbattuto in persone, che colla loro presenza gli hanno resa impos-

sibile per quel momento la consumazione del reato deliberato; che un altro ha redatta la scrittura diffamatoria, che aveva in animo di divulgare, e che venne invece lacerata dal primo, a cui ne diede lettura, allora non sarebbe irragionevole dal decorso di un intervallo anche brevissimo di tempo, senza che l'abbandono o la diffamazione si fossero commesse, argomentare la desistenza, poichè poco volendovi od a prolungare la passeggiata fino a che non si sia giunti in località veramente deserta, od a redigere un nuovo scritto simile al primo, col non farlo, si dimostra, che il fortuito accidente, dal quale è stata impedita l'immediata consumazione del reato deliberato, ha anche dato agio a riflettere meglio a quanto si stava per fare, e che frutto della riflessione ulteriore è stato un mutamento di proposito. E tale considerazione deve bastare, come si è testè avvertito, ad indurre ad astenersi, dall'incriminare il tentativo dei delitti costituiti da fatti di questo genere, perchè rispetto ad essi l'essere il fatto rimasto nello stadio del tentativo prova di regola generale la mancanza di un fermo proposito. Ma il trovare un sicario non è poi cosa tanto facile, che di chi ne ha cercato invano una volta uno, si possa dire, che il non averne trovato subito un altro dimostri in lui un cambiamento di proposito.

Se v'è un reato rispetto al quale molte ragioni inducono a punire chi tenta d'istigare altri a commetterlo, e nessuna vale a dissuadere dal farlo, a me pare che sia appunto quello d'omicidio [1]. La sua gravità soggettiva è tanta, che un pericolo remoto di esso rappresenta già un male maggiore che non la perpetrazione effettiva della massima parte degli altri reati; per indursi a commetterlo conviene avere una perversità, che implica l'attitudine a commettere qualunque altro misfatto: esso poi è fra tutti i reati quello, che meno difficilmente si commette da chi non ne ha concepito il proposito, e si delibera da chi non lo consuma materialmente. Dato che i principî generali non possano formare ostacolo a che si incrimini l'eccitamento a delinquere, sebbene non seguíto da effetto, come pro-

[1]) Ed invero anche CARRARA (*Programma,* Parte speciale, vol. II, Lucca, 1896. pag. 469 e seg., *Opuscoli,* vol. VI, Lucca, 1876, pag. 450 e seg.) pur sostenendo essere errore gravissimo il considerare come tentativo di delitto l'istigazione a delinquere, la vorrebbe punita come un tentativo improprio. Ma se sarebbe errore affermare, che si abbia un cominciamento di esecuzione dell'omicidio nella proposta di uccidere, erronea è anche l'affermazione di chi dichiara cominciamento di esecuzione dell'omicidio lo sparo dell'arma: proposta e sparo costituiscono invece egualmente cominciamento di esecuzione dell'azione diretta all'omicidio e di attuazione del proposito di uccidere.

vano fra gli altri gli art. 173 al capov. e 218 al capov. secondo, non saprei quindi vedere perchè non debba infliggersi una pena a chi sia convinto d'aver proposto ad alcuno di commettere un omicidio. E mentre rispetto agli altri reati l'incriminazione del fatto, per quanto la si accetti in vista delle esigenze dell'ordine sociale, eccita una qualche ripugnanza, perchè ben si comprende, come in pratica ad una condanna non si può arrivare se non in quanto colui, al quale la proposta delittuosa è stata fatta, si renda delatore; trattandosi di omicidio, nessuno, che non abbia smarrito ogni sentimento dei doveri incombenti all'uomo ed al cittadino, potrà nella denunzia fatta da quello, cui si è inutilmente offerto il prezzo del sangue, scorgere un atto, che se è conforme agli interessi sociali, attesti poco favorevolmente della delicatezza di chi lo compie. Certo non sarà facile, che simili denunzie vengano fatte da persone di intemerata condotta e di specchiata probità, perchè non è facile, che ad esse venga fatta la proposta di assassinare alcuno. Ma la denunzia in queste circostanze costituisce l'adempimento di un preciso dovere, perchè può giovare a mettere sull'avvertenza così l'autorità, come colui, contro la cui vita si tramano insidie, e dovrebbe avere eterno rimorso di non averla fatta chi essendosi limitato a rifiutarsi a lordarsi le mani di sangue umano, vede poi questo sangue sparso da un altro, al quale ha ricorso colui, cui egli ha opposto il rifiuto. E quindi sarebbe assurdo astenersi dallo incriminare l'istigazione fallita all'omicidio per ripugnanza verso i delatori, mentre tale ripugnanza non si è fatta sentire trattandosi della corruzione e della falsa testimonianza, che pur sono reati, che non si possono commettere se non da colui, al quale la turpe proposta vien fatta, o da un altro — ipotesi non facilmente verificabile — che si trovi nelle sue identiche condizioni, e che quindi di consueto sono resi impossibili col rifiutarsi a commetterli, senza che occorra ancora denunziare chi cercava di farli commettere.

Ora non si può affermare, che l'art. 61 non si presti alla punizione di chi per uccidere il suo nemico si è rivolto ad uno, che non ha consentito ad assumere il vilissimo incarico, stante la inidoneità del mezzo, del quale voleva valersi, per attuare il suo nefando proposito, perchè come è mezzo idoneo alla uccisione il muovere alla ricerca di un'arma micidiale, sebbene per uccidere davvero occorra trovarla e servirsene, così è mezzo idoneo anche andar cercando un sicario, per quanto fino a che non lo si sia trovato e questo non abbia adempiuto il turpe mandato non si verifichi la consumazione dell'omicidio.

In linea di fatto è difficilissimo, che si possa desumere la convinzione della colpevolezza di alcuno dalla ricerca di un'arma, a cui egli abbia proceduto, sia perchè un'arma non è difficile a trovarsi da chi la cerca davvero, sia perchè per lo più la supposizione, che egli la cercasse per uccidere sarà destinata a rimaner sempre una mera supposizione, mentre sulla determinatezza del proposito di chi propone ad un altro di consumare un omicidio il dubbio sarebbe ammissibile solo quando la proposta si facesse in condizioni tali da toglierle il carattere della serietà.

Se comunemente si ritiene, che la ricerca del sicario non possa mai costituire tentativo di omicidio, è solo perchè essendosi constatato, come per lo più sia impossibile precisare l'intenzione delittuosa dell'agente fino a quando egli non abbia proceduto a far uso degli istrumenti di morte in precedenza provvedutisi, invece di limitarsi ad avvertire, come la logica avrebbe voluto, che ove non si voglia fondare l'irrogazione della pena sopra supposizioni più o meno arbitrarie ben di rado si potrà dichiarare colpevole di tentato omicidio chi ha cercato di procurarsi cose atte ad uccidere, si è elevata a regola generale di diritto la soluzione che di consueto va data ad una questione di fatto: dalla massima esatta, che di tentativo non si può parlare fino a quando l'intenzione delittuosa non si sia accertata, posta in raffronto coll'osservazione egualmente vera, che in genere l'acquisto dell'arma o del veleno non basta ad accertare l'intenzione d'uccidere, si è dedotta la teorica erronea, che per avere un caso di tentativo occorra non già l'esecuzione di un fatto diretto alla perpetrazione di un reato, ma l'uso effettivo di un istrumento idoneo a farlo consumare.

Sicchè mentre, per l'incertezza, nella quale lascia sulla intenzione delittuosa, l'acquisto dell'istrumento venne dichiarato non punibile, si pretende poi, che vadano egualmente impuniti quei fatti, che pur non lasciando dubbio sulla intenzione del loro autore, presentano un carattere analogo, sotto il punto di vista oggettivo, a quello proprio di tale acquisto.

Ma l'opinione comune [1]) conduce altresì ad escludere la punizione

---

[1]) L'art. 99 del codice sardo però voleva punito il mandante *come reo di reato tentato* anche quando *il mandatario non avesse proceduto ad alcun principio di esecuzione.* L'art. 2 del decreto, che estendeva alle provincie napoletane tale codice, dichiarava in esse privo di vigore tale articolo, e nella Relazione sul progetto del codice penale presentata dal Guardasigilli alla Camera dei deputati si dice, che esso era riprovato dai criminalisti, e che era irrazionale *perocchè, se il mandatario non procede ad alcun atto di esecuzione, non resta per il mandante che un mero pro-*

di chi essendo riescito ad indurre alcuno a promettere di rendersi esecutore dei suoi ferali disegni si trovasse a veder sottoposta a sindacato la sua condotta prima che il sicario abbia proceduto ad un qualche atto, che valga a far lui colpevole di tentativo.

Ora se può consentirsi, che il caso abbia a decidere fra l'impunità e la punibilità di colui, che ha compiuta una azione imprudente, che il caso abbia ad influire sulla gravità della pena applicabile a chi ha agito col proposito indeterminato di nuocere, pare eccessivo il permettere, che dal caso abbia a dipendere l'irrogazione dell'ergastolo od una piena impunità. Ed invero chi ha concordato col sicario, che il suo nemico verrà ucciso, senza più esplicare alcuna attività ulteriore incorre nella massima fra le pene, quando costui mantenga la data promessa; e lasciare che nel frattempo a lui non sia applicabile alcuna pena, per modo che il fatto altrui, che di fronte ad esso è equiparabile al caso fortuito, valga a convertirlo improvvisamente nel pessimo fra i malfattori da cittadino immune da reati non sembra cosa agevolmente giustificabile.

Il legislatore subordina la punibilità del concerto di commettere alcuno dei delitti preveduti negli art. 104, 117 [1]), 118, 120 e nel primo capoverso dell'art. 128 alla condizione, che sia intervenuto fra i cospiratori l'accordo anche intorno alla scelta dei mezzi, di cui si varranno per attuare il loro proposito; ma all'art. 248 prescinde da tale condizione, sebbene le sostituisca quella, che la deliberazione di associare le proprie forze allo scopo di commettere delitti contro l'amministrazione della giustizia, o la fede pubblica, o l'incolumità

---

ponimento criminoso (n. 411, pag. 234, nota 2, dell'ed. dell'Un. Tip. Ed., 1888). Veramente però la riprovazione concerneva piuttosto la forma dell'articolo, che aveva riscontro nell'art. 54 del codice toscano, che non la sostanza di esso (v. pagina 278 in nota), e l'istigazione sia o no accettata non è davvero un *mero proponimento criminoso,* ma è un fatto compiuto per attuare un proponimento criminoso.

[1]) Parlandosi in questo articolo di fatti diretti contro la vita del Re, può parere una esagerazione voler dichiarare colpevole di tentativo di omicidio chi induce o cerca d'indurre alcuno ad uccidere, prescindendo dall'accordo intorno ai mezzi, che si adopreranno per effettuare l'uccisione, mentre alla conclusione di tale accordo è subordinata la punibilità del concerto di regicidio. Ma essendo il Sovrano abitualmente circondato da persone pronte a difenderlo, l'esecuzione del regicidio presenta difficoltà incomparabilmente maggiori di quelle proprie dell'omicidio di un privato cittadino, e quindi non è irragionevole dichiarare, che non si può considerare ancora come abbastanza serio il proposito di commetterlo, fino a quando i congiurati non abbiano concretati i mezzi, di cui si varranno, per superare tali difficoltà.

pubblica, o il buon costume o l'ordine delle famiglie o contro la persona o la proprietà sia presa da cinque o più persone.

Ciò è un riconoscimento della verità, che solo riferendosi alla specialità del reato, che si vuol commettere, ed alle modalità della risoluzione criminosa si può stabilire il punto, al di qua del quale la comminazione della pena condurrebbe a punire estrinsecazioni inconsulte di propositi, la cui attuazione appartiene ancora al campo della possibilità remota, ed oltrepassato il quale l'astensione dall'esercizio del magistero penale riescirebbe pericolosa per l'ordine sociale.

Attentare alla sicurezza dello Stato è impresa abbastanza malagevole, perchè non sia il caso di preoccuparsi di chi pur dicendo di volerlo fare, non ha ancora incominciato a pensare al modo di superare le gravi difficoltà, che gli si affaccieranno. La deliberazione generica di voler delinquere non deve impensierire se non quando sia adottata da un numero non affatto insignificante di persone; perchè solo allora manifesta un serio proposito, che già si è affermato colla ricerca di una quantità di compagni sufficiente a facilitare le operazioni occorrenti a perpetrare i reati, a ricavare dai reati commessi lo sperato profitto, ad eludere le ricerche della giustizia. Di chi si associa a parecchi altri per delinquere, si può temere che a breve intervallo di tempo delinquerà davvero; ma non è probabile, che chi dice di voler delinquere, o si accompagna ad uno od a due altri a scopo di delinquere, delinqua poi sul serio, perchè occasioni di delinquere, a chi non subordina l'attuazione del suo proposito alla condizione di sapersi appoggiato da un buon numero di compagni, la vita ne offre tante, che se il proposito fosse serio, lo avrebbe già realizzato prima.

Siccome eludere la vigilanza, che si esercita sulla persona del Sovrano è assai più difficile, che non uccidere il primo venuto, la legge non considera come pericoloso il concerto di commettere il delitto previsto dall'art. 117, se non si siano concretati i mezzi occorrenti. Analogamente è ragionevole subordinare alla condizione, che essa sia stata presa da cinque associati almeno, la punibilità della deliberazione di andar commettendo omicidî, perchè fino a che si dice di voler uccidere, senza sapere intanto chi si ucciderà, il discorso merita di esser preso sul serio solo quando si sia organizzata una comitiva abbastanza numerosa, per assicurare ai feroci vigliacchi, che la compongono, una facile vittoria su chiunque abbia la sventura di imbattersi in loro.

Ma nella designazione specifica della vittima del misfatto si ha così sotto il punto di vista oggettivo, come sotto quello soggettivo,

un equivalente del numero di cinque richiesto negli associati a scopo delittuoso nei casi, in cui il delitto da commettere non si sia ancora concretato. Come molti dicono di voler lavorare, ma poi non trovano mai un lavoro di loro gusto, perchè la deliberazione, che si riferisce astrattamente alle operazioni di una data specie è una vaga aspirazione, e solo quella, che riguarda una operazione determinata è una volizione effettiva, che per essere concepita può richiedere una energia assai superiore a quella sufficiente a far concepire un desiderio, così può accadere, che taluno per la brutalità del suo temperamento o per l'ambiente viziato, in cui vive, si senta spinto alla effusione del sangue umano, senza che poi questa tendenza valga mai a deciderlo in concreto a superare la ripugnanza ad esporsi al pericolo e della lotta e della pena.

Certo un notevole intervallo intercede ancora fra la decisione di uccidere un uomo determinato e la sua uccisione effettiva, ma ancora più notevole è quello che separa tale decisione dalla risoluzione generica di uccidere alcuno.

La scarsissima probabilità della sua attuazione toglie oggettivamente importanza a questa risoluzione; mentre essa soggettivamente rappresenta piuttosto una propensione al delitto, che non la volontà effettiva di delinquere.

L'incriminazione, a titolo di tentativo, del conferimento dell'incarico di perpetrare un dato omicidio integrerebbe pertanto le disposizioni già dettate per casi analoghi dal nostro legislatore, ed armonizzerebbe con esse, invece di contrastare, come troppo facilmente si presuppone, coi principî direttivi, a cui s'informa il nostro diritto positivo, e che sono una cosa ben diversa dalle teorie [1]) prevalse nel campo della dottrina, non essendo fortunatamente sempre bastato l'ossequio, che per esse professava la maggioranza di quelli, che partecipano ai lavori preparatorî del codice, a far trascurare le esigenze della vita pratica, che bene spesso condussero a lasciarle in disparte nella elaborazione della parte speciale.

---

[1]) Esse in materia di tentativo hanno comune il difetto di voler risolvere una questione di fatto prescindendo dalla specialità del caso, che si tratta di decidere, e di voler convertire una mera probabilità in una verità apodittica. CARRARA, ad esempio (*Programma,* Parte generale, Lucca, 1871, pag. 236 e seg.), dice, che « gli atti esterni non costituenti conato punibile perchè meramente preparatori possono essere tali, o in un modo assoluto, o in un modo contingente ossia condizionale ». Soggiunge poi che « sono preparatori in modo assoluto quelli atti nei quali assolutamente manca il carattere di principio di esecuzione, di guisa che dove pure le dichiarazioni del giudicabile rendano certo che furono diretti ad un

Nell'accettazione dell'incarico non si può invece riscontrare ancora un fatto diretto alla uccisione, riducendosi essa ad una estrinsecazione del proposito di uccidere senza costituire per modo alcuno l'avviamento alla attuazione di tale proposito. Nè parmi, che converrebbe davvero procedere ad una incriminazione diretta di questo fatto, perchè mentre essa forse avrebbe per effetto di rendere più difficile anche la condanna del solo mandante, privando la giustizia del mezzo più ovvio per ottenere la prova della colpevolezza di questo, che è rappresentata dalle dichiarazioni del mandatario, potrebbe servire piuttosto a tutelare gli interessi di chi vuol far compiere l'assassinio, che non la vita di quello, che si vuol far assassinare. Il fatto dell'accettazione per se stesso e direttamente non suol produrre altro risultato, che quello di far sborsare al mandatario una somma più o meno rilevante, e se è prova sicura di bassezza d'animo e di cupidigia, non si può ancora assumere ad indice attendibile di ferocia. Occorre che il proposito di uccidere dia vita ad un fatto diretto alla sua attuazione, perchè il giurista possa valutarlo agli effetti penali. Forse alcuni, che pur essendo fermamente decisi a non eseguire il mandato, fingono di accettarlo, per intascare una parte del prezzo pattuito, salvo poi con pretesti e dilazioni a rimandare all'infinito l'adempimento delle promesse fatte, opporrebbero subito

---

delitto non possono senza ingiustizia punirsi come tentativi, per un difetto che è nella natura loro, il difetto cioè di ogni esordio di pericolo attuale ». E finalmente specifica « che tali sono l'acquisto di armi, l'acquisto di veleni, le indagini per ottenere informazioni, il mandato, gli accordi criminosi e simili ». Conchiudendo, che « il giudice che applicasse la pena del tentativo ad un mandato a delinquere cadrebbe in un gravissimo errore, perchè calpesterebbe una verità ontologica (che come tale è sempre assoluta) e commetterebbe un ingiusto abuso di potere ». Ora che di consueto l'acquisto dell'arma o del veleno non espongano alcuno ad un pericolo attuale è verissimo, ma che calpesti una verità ontologica chi dice, che talora possono porre in essere un pericolo imminente e gravissimo non mi pare davvero. Della logica fa strazio invece chi, estendendo all'apprezzamento dei fatti umani quei metodi, che prima imperavano nella valutazione delle deposizioni testimoniali, vuole stabilire *a priori* i caratteri, che deve avere un fatto perchè riesca più o meno pericoloso. Come il detenuto, che d'un chiodo si fa un pugnale, espone a pericolo imminente il guardiano, che deve accedere alla sua cella, ed il domestico, che compra il veleno invece della medicina espone a pericolo imminente il padrone, che lo attende ansioso, sperando d'aver tregua dai dolori, che lo tormentano, quando abbia preso il farmaco prescrittogli, così può esporre a pericolo imminente la vita d'un altro chi fa la proposta di ucciderlo ad una persona, che per le condizioni nelle quali si trova e pei rapporti che ha con questo disgraziato non incontrerebbe alcun ostacolo nella effettuazione dell'omicidio, quando si decidesse a consumarlo.

un rifiuto, se sapessero, che col solo prometter d'uccidere si espongono ad una pena, ed il risultato pratico di questo rifiuto sarebbe quello di spingere chi non è riescito ad indurli ad accettare, a rivolgersi ad altri, che posseggano davvero quella scelleratezza, che erroneamente aveva in essi presupposta; ma non mi pare davvero probabile, che nei casi in cui non si pensa ad ingannare il mandante, e si intende di uccidere davvero dato che si riesca ad accordarsi con esso, la somma dei motivi, che stanno per la reiezione della proposta, venga a ricevere un apprezzabile incremento per la comminazione d'una pena contro la mera accettazione del mandato.

Non la disposizione della legge finalmente, nè la logica, ma la persistenza nell'errore, che conduce a considerare il tentativo quale una frazione del delitto consumato impedisce, che si consideri quale colpevole di tentativo di omicidio chi, credendolo ancora vivo, infierisce contro un corpo umano, già diventato cadavere, con intenzione micidiale.

Certo non si possono ledere i diritti di chi ha cessato d'esser persona, ma che anche manomettendo un cadavere si possa delinquere lo dimostra l'art. 144.

Il tentativo d'omicidio non implica mai lesione del diritto alla vita, perchè esso non ha per risultato l'uccisione d'alcuno, e quindi non deve fra i suoi estremi contarsi quello della sussistenza di tale diritto nell'individuo di fronte al quale si è esplicato.

Bisognerebbe, che l'omicidio si punisse in vista del valore economico e sociale della vita della persona uccisa, perchè fosse davvero assurdo, come comunemente si ritiene, applicare una pena a chi ha colpito un cadavere. Ma gli effetti immediati e diretti dell'azione micidiale possono per contro essere talora vantaggiosi, come se l'ucciso fosse uomo perverso e facinoroso, senza che per questo essa cessi dal costituire un reato gravissimo.

Il criterio del danno immediato e diretto prodotto dalle azioni umane non può essere assunto a norma della loro incriminazione, perchè la pena non implica risarcimento nel senso economico della parola, ed anzi per lo più colla sua applicazione si va incontro ad un pregiudizio patrimoniale, al quale si sottostà in vista dei vantaggi d'indole morale e come tali mediati ed indiretti, che si spera di ricavarne.

Il legislatore deve punire i fatti e non le aspirazioni od i pensieri, perchè aspirazioni e pensieri, che non conducono ad agire son destinati a rimanere perpetuamente innocui: ma nel fatto ciò che si punisce non è la parte materiale di esso, bensì l'aspirazione concretata ed il pensiero incarnato.

Nei colpi inferti al cadavere non si ha più un nudo proposito di delinquere, ma si ha un'azione materiale, che se non poteva avere per risultato la consumazione d'un omicidio, come non può averlo il colpo diretto malamente contro un vivo, costituisce principio di esecuzione del proposito delittuoso.

Per lo più chi colpisce un cadavere apparisce uomo meno pericoloso di chi ha colpito un vivo, in quanto l'errore nel quale è incorso dipenderà assai facilmente dall'agitazione, che lo travagliava, e che si suol manifestare soltanto in chi non è ancora intieramente corrotto. Ma di questa differenza nella gravità del reato, che si riscontra egualmente in tutti gli altri casi, in cui il fatto non eccede i limiti del tentativo, si tiene il debito conto imputandolo precisamente a titolo di tentativo.

In pratica i tentativi di uccisione compiuti sopra un cadavere si sogliono commettere da partorienti, di consueto illegittimamente fecondate, che si affrettano a sbarazzarsi del frutto delle loro viscere senza curarsi di ricercare, se dia o no segni di vita.

Bisognerebbe attribuire alle parole un significato diverso da quello. che è il loro proprio, per disconoscere, che mentre uccide un infante chi gli toglie la vita, tenta di ucciderlo chi non riesce a togliergliela unicamente perchè egli non l'ha. Ciò che può formar oggetto di discussione è solo la convenienza di attribuire importanza giuridica al tentativo d'infanticidio compiuto in tali circostanze.

Certo il bambino nato morto non risente dolore per i colpi inflitti alla sua salma: ma il dolore, che risente il bambino nato vivo per le percosse, che lo uccidono, varranno molto probabilmente a preservarlo da una vita di miserie e d'affanni. O noi ci decidiamo a dichiarare punibile solo chi toglie la vita ad individui, che avrebbero interesse a continuare a vivere, e probabilità di godere della vita per un periodo indeterminato di tempo, se la violenza altrui non ne interrompesse il corso, o dobbiamo riconoscere, che l'incriminazione dell'omicidio si fonda non sulla considerazione degli interessi individuali, ma su quella degli interessi sociali, i quali esigono, che l'arbitrio individuale non si attenti di esercitare una illegittima influenza sul corso della vita umana. Ed allora ogni qualvolta la volontà di esercitare una influenza siffatta si sia estrinsecata in azioni dirette ad esercitarla, si deve procedere all'applicazione della pena prescindendo dal tener conto della specialità delle circostanze, che hanno rese immediatamente innocue tali azioni, come si prescinderebbe dal tener conto di quelle, che le avessero rese immediatamente benefiche, in quanto la vita troncata fosse stata così misera e

travagliata, che il toglierla a chi la conduceva, rappresentasse per lui un vantaggio e non una perdita.

Accanto al tentativo di omicidio merita certo d'essere preveduto anche quello di produrre una malattia di mente o di corpo di lunga durata, o la perdita o l'indebolimento permanente di un senso o di un organo, o la perdita di una mano, di un piede, della favella, o della capacità di generare, o dell'uso di un organo, od una permanente difficoltà della favella, od una permanente deformazione od uno sfregio permanente del viso, essendovi dei casi, in cui dal modo di agire del colpevole risulta, che egli, sebbene non volesse uccidere, voleva produrre uno di tali risultati.

Distintamente ancora si dovrebbe prevedere la lesione della donna incinta per parte di chi ne conosceva lo stato, e non susseguita dall'aborto, prescindendo dall'accertamento dell'elemento intenzionale.

Non mi pare, che sia invece il caso di prevedere il tentativo di lesioni lievi, giacchè questo o trova già sufficiente repressione negli art. 154 e 156, o non merita di venir preso in considerazione, perchè se non sempre chi vuole uccidere o ferire gravemente vi riesce, infliggere una lieve percossa è cosa così facile, che chi non reitera gli atti diretti a riescirvi sino a che non vi sia riescito davvero, nella grandissima generalità dei casi non ha seria volontà di colpire.

28. Fra tutti i delitti contro la proprietà solo di quello di furto mi pare, che converrebbe incriminare il tentativo.

Lo spigolamento nel campo altrui può essere invero preceduto dalla indebita introduzione in esso, ed allora provvede al bisogno l'art. 427, ma chi si introduce in un fondo non recinto, fino a che non vi arreca danno, non dovrebbe venir assoggettato ad un procedimento diretto a stabilire, se egli lo fece colla intenzione di compiere alcuno dei fatti preveduti dall'art. 405, tanto più che le diminuzioni portate dall'art. 61 si potrebbero operare solamente sul massimo e non sul minimo della pena, che è già per la sua tenuità irreducibile.

I tentativi dei reati previsti agli art. 406-410 trovano già agli art. 154 e 146 una repressione, che se può sembrare in qualche caso inadeguata, dovrebbe essere aumentata modificando tali articoli e non estendendo a questi delitti la figura del tentativo, alla quale pel carattere anomalo, che presenta converrebbe astenersi dal ricorrere sempre quando vi fosse la possibilità di provvedere altrimenti alle esigenze della sicurezza sociale; come è anche normale retribuire chi è riescito a renderci un qualche servigio e non già quelli che pur avendo l'intenzione di rendercelo, ed essendosi inutilmente affaticati, per rendercelo, non vi sono riesciti.

L'art. 411 incrimina un fatto, del quale è difficile concepire il tentativo, non occorrendo alla sua perfezione, che il messaggio produca i risultati in vista dei quali se ne è assunto l'incarico, ed anzi neppure che esso sia effettivamente trasmesso. Ma quando pure si volesse pensare alla eventualità, che taluno si sia inutilmente adoperato per riescire non già a trasmettere, chè allora si ha più di quanto è richiesto alla consumazione, bensì solo a portare un messaggio, in quanto o non si sia voluto affidarglielo o non se ne sia avuto il tempo, non pare, che sarebbe il caso d'incriminare tale offerta inconcludente, giacchè le proposte delittuose meritano d'esser represse solo quando possano avere per risultato di spingere un altro alla perpetrazione di un reato, a cui egli non avrebbe pensato, e non già allorchè si riferiscono ad una azione stessa del proponente.

L'art. 414 commina la sola pena della reclusione in una misura inferiore a quella risultante dalla combinazione degli art. 61 e 62 coll'art. 413 contro chi tenti di commettere il delitto da questo articolo previsto nel modo da esso specificamente indicato. Trattandosi di una azione, che si esplica in cose, delle quali si ha libera disposizione è sommamente difficile, che chi vuol compierla non vi riesca: comunque non pare, che convenga incriminare anche il tentativo di un tentativo di truffa.

Gli art. 415 e 416 dichiarano reati perfetti, e ravvisano in essi una gravità maggiore di quella propria del delitto di truffa, fatti che costituiscono solo un avviamento alla consecuzione del risultato, in vista del quale si è agito. Già si è avvertito, come questa ipotesi possa verificarsi rispetto ad ogni reato, potendo accadere, che l'uccisione di un uomo, la quale pel legislatore ha il valore di risultato, per chi l'ha prodotta rappresenti soltanto un mezzo tendente alla consecuzione d'uno scopo ulteriore. Ma questa divergenza fra il concetto, che dell'azione si fa il legislatore, e quello, che se ne fa chi la compie, sarà naturalmente pressochè immancabile, quando si abbia un reato, il cui elemento consumativo consiste nella sottoscrizione di un atto, fatto che ben difficilmente può essere suscettivo di per sè di arrecar soddisfazione ad alcuno, e di poter quindi costituire lo scopo finale dell'azione, e si manifesterà assai facilmente, quando estremo del reato si faccia la sussistenza di una determinata intenzione e non la verificazione del fatto, per mezzo del quale l'intenzione vien realizzata. Sicchè i due reati previsti dagli art. 415 e 416 per lo più saranno già consumati, quando l'agente essendo ancor lontano dalla consecuzione di quel lucro, che agognava, riterrà di trovarsi tuttavia nello stadio del tentativo.

Ma prescindendo da ciò non mi pare che il loro tentativo debba incriminarsi perchè neppure vorrei la incriminazione generica del tentativo di truffa.

Questo reato in sostanza è dal legislatore definito in modo da render vana la dichiarazione dell'art. 1 del codice, essendo perfettamente illusorio l'escludere in astratto, che l'arbitrio del giudice possa elevare a reato il fatto umano, quando in concreto si danno dei reati definizioni così elastiche e vaghe da non potersi in base ad esse precisare i caratteri dei fatti, ai quali vanno applicate.

Ed invero il bottegaio, che lodando la propria merce fa credere all'acquirente, che essa abbia un valore assai superiore al vero lo induce in errore, e procura a sè un ingiusto profitto con suo danno, sebbene il giurista dichiari, che egli non è colpevole di truffa per la mancanza dell'estremo del raggiro od artifizio, parole, che nel linguaggio comune hanno un significato molto lato ed indeterminato, e di cui purtroppo si fa uso nel linguaggio giuridico, come se avessero un valore tecnico determinato e costante, mentre invece non significano alcunchè di preciso.

Sarebbe desiderabile pertanto, che persistendo nella via inaugurata cogli art. 414, 415 e 416 si specificassero quelli fra i maneggi e gli artifizî, contro i quali come più usuali ed abbastanza gravi, conviene tutelare penalmente gli ingenui, ed allora si potrebbe anche vedere in quali casi convenga non subordinare la pena alla consecuzione dello scopo, al quale il raggiratore tendeva.

Ma l'incriminazione generica del tentativo di truffa non può non parere cosa esagerata e pericolosa a chi consideri, che se i limiti fra la frode civile e la frode penale sono molto incerti, ancora più incerti sono quelli fra l'idoneità e la inidoneità degli artifizî usati ad ingannare.

L'appropriazione indebita nella sua forma normale non è suscettiva di tentativo per la mancanza di uno stadio intermedio tra l'esplicazione dell'attività lecita e la consumazione del reato.

L'abuso del bianco segno può essere tentato, in quanto sia stata interrotta la scritturazione abusiva prima che essa sia giunta al punto da render possibile quell'effetto giuridico dannoso, per la preoccupazione del quale il fatto viene elevato a reato, ma l'incriminazione di tale tentativo non sembrerebbe opportuna precisamente perchè si tratta di un reato, che già è costituito da un tentativo.

Tutti e tre i reati previsti all'art. 420 si consumano mediante una semplice deliberazione volitiva, salvo a non potersi di regola dichiarare, che essa ha avuto luogo, se non posteriormente alla decorrenza

d'un congruo termine, che incomincierà a decorrere nei casi previsti dal n. 1 e dal 2 dall'istante del rinvenimento, per quello previsto dal n. 3 dal momento in cui si è avuta consapevolezza del verificatosi possesso e delle cause, che lo hanno provocato.

L'art. 421 incrimina un fatto, che di regola generale non ha bisogno di essere preceduto da apparecchì, e che quindi solo eccezionalmente può arrestarsi al periodo del tentativo; ma quando ciò si verificasse, come se chi vuol ricettare fosse sorpreso mentre s'avviava al luogo, nel quale gli si dovevano consegnare o far vedere gli oggetti, non mi pare, che si potrebbe mai parlare di tentativo per mancanza d'un fatto, nel quale si sia estrinsecato il proposito delittuoso in modo abbastanza preciso e determinato, per poter collegare l'irrogazione della pena a constatazioni serie e sicure, e non già basarla su cervellotiche supposizioni.

Quando la rimozione di termini e la deviazione di acque siano commesse con violenza o minaccia, alla punizione dell'autore del tentativo provvedono già abbastanza gli art. 154 e 156; i quali provvedono anche abbastanza alla punizione dell'autore del tentativo di turbativa di possesso.

Il tentativo di rimozione o deviazione clandestina è certamente possibile, ma se il fatto ha prodotto un danno apprezzabile, alla sua repressione provvede l'art. 424: negli altri casi non mi pare, che convenga occuparsene.

E similmente non conviene occuparsi dei tentativi dei reati preveduti nel capo settimo, perchè mentre nei casi, che presentano una qualche gravità, provvedono al bisogno gli art. 154, 156, 187 od eventualmente altre più severe disposizioni, in tutti gli altri di consueto non si ha se non l'estrinsecazione di capricci vandalici, che non è opportuno reprimere penalmente, quando non riescano in concreto dannosi.

Sotto il punto di vista morale forse il danno dato presenta gravità maggiore del furto, perchè mentre questo ha la sua genesi in bisogni, la cui soddisfazione per parte di chi se ne possa procurare legalmente i mezzi non ha nulla di contrario agli interessi sociali, esso è dovuto al desiderio, intrinsecamente ed eminentemente riprovevole, di nuocere. Ma il legislatore deve proporzionare la pena non alla immoralità delle azioni umane, bensì alla considerazione degli effetti concreti, che sembrano rispettivamente inerenti alla loro punizione od alla loro impunità.

Il furto essendo originato dalla insofferenza delle privazioni, a cui la limitazione delle proprie risorse economiche espone, è un reato

non solo assai più diffuso del danneggiamento, ma anche molto più del danneggiamento adatto a convertirsi in abitudine di vita.

E quindi siccome l'irrogazione della pena nelle forme e nei modi in cui può essere applicata dal potere sociale, per se stessa è da considerare come un male, a cui si sottostà in considerazione dei vantaggi indiretti, e come tali più o meno problematici, che se ne aspettano, conviene mantenerla nei limiti più stretti possibili; e fra le ragioni, di cui si deve tener conto nel restringerne l'applicazione occupa un posto non irrilevante anche quella della tenue probabilità che di fatti analoghi a quello, intorno alla cui punibilità si tratta di statuire, abbiano a deplorarsene molti.

E del resto se può esser difficile arrecare alla proprietà altrui tutto quel danno, che si aveva in animo di cagionare, un qualche danno, che valga a dar luogo alla consumazione del reato previsto all'art. 424 è assai più facile inferirlo, che non riescire ad impossessarsi delle cose altrui, e quindi anche sotto il punto di vista della poca consistenza dei propositi di devastazione, che non hanno avuto forza di condurre a reiterare gli attacchi alla proprietà fino a tanto che un qualche nocumento ad essa si fosse effettivamente manifestato, è da rinunziare alla incriminazione del tentativo di questo reato.

La nozione del tentativo di furto dovrebbe invece accettarsi in tutta l'estensione, che è propria del concetto del tentativo praticamente apprezzabile in generale, e si identifica colla esecuzione di fatti diretti alla attuazione dell'impresa deliberata.

Spesso i fatti diretti al furto e non seguíti dalla sua consumazione, sfuggiranno alla punizione per la impossibilità di constatarne la direzione, ma questa non è una ragione per astenersi dal procedere alla comminazione della pena, la quale riescirà praticamente utile in tutti casi, che non sono poi rarissimi, in cui i fatti compiuti dall'agente non lascino campo a dubitare sulla intenzione, che lo animava. L'introduzione furtiva della mano nella tasca altrui rappresenta l'esempio tipico del fatto, che conviene incriminare quale tentativo di furto, perchè esso non implica ancora la lesione di alcun diritto, o la infrazione di alcun divieto, in cui si possano riscontrare gli estremi di un delitto consumato.

Ma persino le cose custodite in luoghi chiusi possono formar oggetto del delitto di furto commesso in circostanze, che rendano impossibile l'incriminazione dei fatti diretti alla consumazione sotto il punto di vista della violazione del domicilio, come se il furto si fosse deliberato dalla persona, che ha non solo la facoltà, ma il dovere di accedere al luogo, nel quale le cose sono custodite. E quando

gli atti compiuti pongano in luce lo scopo furace, al quale tendevano, come se l'operaio, che doveva manipolare le cose custodite in un magazzino senza asportarle da esso, fosse sorpreso, mentre spiegava il sacco, nel quale ne avrebbe riposta una parte, per gettarlo poi dalla finestra ad un compagno, che stava in attesa, è manifesta la convenienza di rendere possibile l'irrogazione d'una pena, col dichiarare applicabile al delitto di furto la figura del tentativo.

Siccome poi il tentativo non è propriamente incominciamento di esecuzione del delitto, ma incominciamento di esecuzione del proposito di delinquere, l'impossibilità di commettere il furto per la inesistenza delle cose, che si volevan rubare non dovrebbe far concludere alla impossibilità del tentativo di rubarle, mentre invece è una fra le circostanze, che dan vita al tentativo. Altri tenta di rubare, invece di rubare, perchè ha scelto male il tempo, ed è sorpreso prima di aver consumato il delitto; alcuno può tentar di rubare, invece di rubare, perchè ha scelto male il luogo, e non trova le cose, sulla cui esistenza faceva assegnamento. Che soggettivamente non passi differenza fra l'un caso e l'altro è intuitivo: oggettivamente il pericolo, al quale in entrambi la proprietà si è trovata esposta, è eguale. Fondamento alla incriminazione del furto è la tutela della proprietà in genere e non del diritto di proprietà competente su questa e quella cosa. Infatti chi ruba ad un tratto cose appartenenti a diverse persone, non commette tanti furti, quanti sono i singoli proprietarî, ma un furto solo. Dato pure che la tasca, nella quale si è introdotta la mano fosse vuota, e che sia esclusa la possibilità, che in essa avesse a trovarsi un portafoglio, perchè il padrone dell'abito nè lo aveva attualmente, nè è in condizioni economiche, che rendan probabile, che egli si trovi ad averne uno nei giorni successivi, non vien meno per questo la ragione per incriminare il tentativo di furto, perchè il tentativo è sempre costituito da una azione riescita innocua in concreto, e che si punisce perchè avrebbe potuto riescir dannosa, ove si fosse compiuta in circostanze diverse. Agli effetti giuridici è indifferente, che tali circostanze si concretino nel trovarsi il portafoglio in una tasca diversa da quella nella quale il ladro ha introdotta la mano, ma appartenente essa pure al proprietario della tasca vuota, o nella tasca di un'altra persona. Chi volesse punire il tentativo nel primo caso, lo farebbe pensando alla eventualità, che il ladro non avesse sbagliato di tasca, ma per la stessa ragione si deve punirlo nel secondo, perchè se la vittima dell'attentato non aveva alcuna tasca provvista di portafoglio, le persone che hanno un portafoglio non mancano, ed il tentativo cessa d'essere praticamente apprezza-

bile solo quando si concreti in fatti, che non avrebbero mai potuto condurre alla consumazione; senza che si debba per decidere, se una possibilità di consumazione vi era, limitare l'indagine alla persona, rispetto alla quale il tentativo si è in concreto estrinsecato. Altrimenti si dovrebbe lasciare impunito il tentativo d'omicidio compiuto coll'inferire un colpo di pugnale a chi era protetto da una corazza e si baserebbe tutto il giudizio sulla supposizione arbitraria, che le condizioni, nelle quali la vittima dell'attentato si trovava al momento, in cui questo si è verificato, abbiano a rimanere per sempre immutate.

29. Entrambi gli articoli, nei quali si compendia il titolo quinto si riferiscono soltanto ai delitti.

Rispetto ai reati preveduti dal codice penale, risultando dalla loro collocazione, se rivestano la qualità di delitto o quella di contravvenzione, riesce agevole l'applicazione della regola della impunità del tentativo di contravvenzione.

Quanto a quelli preveduti da leggi speciali il diritto positivo non offre in modo esplicito [1]) un criterio di distinzione, e possono quindi

---

[1]) Ciò dovrebbe secondo le regole generali nell' interpretazione delle leggi, sanzionate dal capoverso dell'art. 3 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale, condurre ad incominciare dal ricercare, se il criterio distintivo possa desumersi per via di argomentazione da una qualche disposizione di legge che in modo implicito od indiretto lo sanzioni. Ma nella dottrina e nella pratica (v. sentenza 27 luglio 1900. *Rivista penale,* vol. LII, pag. 502; 16 ottobre 1899, *Cassazione Unica,* vol. XI, col. 110; 22 novembre 1899, *Cass. Un.,* vol. XI, col. 858; 11 luglio 1901, *Cass. Un.,* vol. XII, col. 1442; 27 novembre 1901, *Cass. Un.,* vol. XIII, col. 294) accenna a prevalere l'adozione della teoria professata da parecchi fra i compilatori del codice, che non la trasfusero però in alcuna disposizione di esso, secondo la quale la contravvenzione costituirebbe violazione immediata degli ordinamenti stabiliti a tutela del diritto, ed il delitto violazione effettiva e diretta di un diritto. Per coordinare, come dovrebbe essere fatto per tutte le dottrine giuridiche, tale insegnamento colle disposizioni della legge vigente si dovrà quindi dire, che chi trasgredisce un ordine legale (art. 434) non viola il diritto di farsi obbedire competente all'Autorità; chi si rifiuta a prestare aiuto o servizio od a dare informazioni od indicazioni (art. 435) non viola il diritto del pubblico ufficiale a veder prestato l'aiuto o reso il servizio o ad ottenere le informazioni e le indicazioni; chi rifiuta l'indicazione delle proprie generalità (art. 436) non viola il diritto del pubblico ufficiale a conoscerle; chi rifiuta di ricevere una moneta avente corso legale (art. 441) non viola il diritto che a chi l' offre compete, di vederla accettata; che chi mendica in modo minaccioso, vessatorio o ripugnante (art. 454) non viola il diritto, che le persone, a cui si rivolge, hanno a non essere molestate; che chi mediante schiamazzi o clamori disturba le occupazioni o il riposo dei cittadini (art. 457) non viola il diritto, che questi hanno di non essere disturbati;

anche [1]) nell'applicazione di questa regola manifestarsi in pratica inconvenienti [2]) in dipendenza dell'incertezza ingenerata da tale lacuna.

L'esame dei singoli articoli del codice, che prevedono i fatti costituenti contravvenzione, dimostra la ragionevolezza della esclusione della figura del tentativo a loro riguardo. Bisognerebbe egualmente procedere ad un esame specifico della legislazione per decidere, se fra i fatti che essa incrimina come contravvenzioni, ve ne sia alcuno. il cui tentativo meriti d'esser punito, ma esso riescirebbe poco adatto all'indole del presente lavoro.

---

che chi molesta taluno (art. 458) non viola il diritto, che a costui compete, di essere lasciato in pace; mentre chi porta indebitamente una divisa o si arroga gradi accademici od onorificenze (art. 186) viola il diritto, che a chi ne è insignito spetta di non veder scemato il valore della qualità, che lo distingue dagli altri cittadini, per effetto della assunzione di essa per parte di chiunque, al quale ciò talenti, e viola il diritto competente al Parlamento ed alla pubblica amministrazione a mantenere illeso il prestigio dei proprî membri chi si fa dare danaro col pretesto di doverne comprare il favore (art. 204). Non altrettanto agevole, giacchè la difficoltà in questi casi non può venir elusa con un semplice giuoco di parole, riescirà però coordinare questo insegnamento colle leggi, che oltre al chiamare contravvenzioni fatti lesivi dei diritti fiscali dello Stato, consentono ai loro autori, di sfuggire al processo addivenendo ad un amichevole accordo coll'amministrazione pubblica: procedimento, che non pare molto in armonia coll'indole delittuosa, che si vuole adesso riscontrare nei fatti di questa specie, e che contrasta coll'art. 101 del codice penale. E fino a che altri non mi abbia insegnato il modo di procedere ad un siffatto coordinamento, io continuerò a credere, che gli art. 49 e 51 della legge sul bollo, 58 della legge sui dazî di consumo, 117 della legge doganale dimostrino, come la distinzione fra delitto e contravvenzione vada coordinata a quella tradizionale, sebbene d'assai dubbio valore, fra precetti del diritto naturale e precetti del diritto civile (V. in questo senso il mio *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, pag. 280 e seg.). Un rimarchevole esempio delle conseguenze, a cui conduce la fedeltà alla massima, che proclama avere le contravvenzioni *per obbiettivo non un danno reale, ma un danno meramente possibile, ossia un pericolo* è la sentenza 15 gennaio 1902 della Cassazione (*Giustizia penale*, vol. VIII, col. 384), che dichiara non potersi ammettere costituzione di parte civile nei giudizî riflettenti contravvenzioni.

[1]) È in ispecie in tema di recidiva, di prescrizione, di applicazione di decreti d'amnistia o d'indulto, che la distinzione fra contravvenzioni e delitti può riescire praticamente importante: essa riesce invece meramente nominale quanto alla specialità dei mezzi coercitivi rispettivamente adottati contro gli autori di questi e di quelle.

[2]) Veramente le disposizioni delle leggi speciali limitano d'assai il campo dell'incertezza sulla punibilità del tentativo dei reati, dei quali si dubitasse se siano delitti o contravvenzioni, col prevedere specificatamente molti dei fatti, che potrebbero costituir tentativo.

CAPO IV.

Desistenza.

30. La rinunzia all'esecuzione d'una impresa iniziata si esplica diversamente a seconda della diversità della qualità degli atti in precedenza compiuti per effettuarla.

Occorrerà, che essa si estrinsechi mediante azioni positive, quando si tratti di cosa, che l'inerzia basti a far verificare, e quando pur trattandosi d'un risultato, che debba essere attivamente provocato, già si sia esplicata quella parte d'attività, che doveva essere personalmente prestata. Una semplice interruzione dell'azione iniziata potrà bastare a procacciarle esistenza oggettiva, quando a far giungere alla meta desiderata era ancora richiesta l'esecuzione personale e diretta d'un qualche atto.

La formula usata al capoverso dell'art. 61 accenna esplicitamente solo a quest'ultima ipotesi, sulla quale invero era abbastanza ovvio che si fermasse l'attenzione del legislatore, essendo assai maggiore il numero dei casi, in cui per riescire a far verificare un risultato bramato occorre agire, che non quello dei casi, in cui basta non far nulla per impedirlo, perchè esso si abbia, ed essendo meno eccezionale, che taluno si fermi a mezzo della strada delittuosa, che non dopo d'averla per parte sua percorsa tutta, e mentre attendeva, che aggiungendosi al cammino percorso personalmente avvenimenti ulteriori si verificasse quell'evento in vista del quale aveva agito, si decida a porsi nuovamente in moto per stornarne la verificazione.

E del resto di queste due ulteriori ipotesi, quella accennata da ultimo risulta sebbene in modo indiretto, prevista dall'art. 62, che comminando la pena per la eventualità della consumazione mancata per circostanze indipendenti dalla volontà dell'agente, mostra di volere, che all'impunità si faccia luogo, quando dalla volontà dell'agente dipende la mancata consumazione.

Nè può dar luogo ad alcuna difficoltà il non essersi per modo alcuno prevista l'altra ipotesi del tentativo di delitto iniziato colla inerzia ed abbandonato agendo.

La nozione del tentativo è logicamente applicabile così ai delitti

di omissione come a quelli di commissione, sebbene rispetto agli uni ed agli altri convenga egualmente fondarsi sull'esame specifico dell'indole del singolo reato, per decidere, se convenga incriminarne il tentativo.

Colui, al quale sia fatto obbligo di compiere un determinato atto, può concepire il proposito di non compierlo prima che sia trascorso il termine utile alla sua esecuzione, ed anzi solo in quanto l'inesecuzione dipenda da tale proposito va penalmente imputata. Nel periodo intermedio fra la consumazione del reato e la risoluzione criminosa, questa può esteriormente manifestarsi mediante atti incompatibili colla volontà di compiere l'atto doveroso o diretti a sfuggire alla pena, a cui si prevede di andare incontro, sia col rendere malagevole l'accertamento del reato, sia col premunirsi contro l'esecuzione d'una eventuale sentenza di condanna.

Tanto più facilmente può aversi una estrinsecazione reale del proposito criminoso, quando si tratti di un reato costituito non dalla omissione di un atto imposto specificatamente dalla legge, ma dalla verificazione di un avvenimento, che si era tenuti ad impedire. La nutrice e l'infermiere non riescono ad uccidere il bambino ed il malato, che vogliono far perire privandoli degli alimenti, se non persistendo per un periodo abbastanza notevole di tempo nella loro inerzia omicida, e nell'intervallo le difficoltà inerenti alla constatazione del tentativo di omicidio, del quale si sono resi colpevoli, sono puramente di fatto, e non punto diverse da quelle che si incontrerebbero, se la morte si fosse già verificata, e si trattasse di decidere sulla sussistenza d'una accusa per omicidio consumato formulata in base ad essa.

In tutti questi casi si ha sempre il cominciamento dell'esecuzione di un proposito delittuoso, e se rispetto ad essi riesce [1]) più mani-

---

[1]) Infatti prevale l'opinione, che ai delitti di omissione non sia applicabile la figura del tentativo (BAUMGARTEN, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Stuttgart, 1888, pag. 435 e seg.). VON LISZT, che è uno fra i pochi che ammettono il tentativo nei delitti di ommissione, afferma (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlino, 1894, pag. 177), che esso non si può verificare se non nella forma del delitto mancato, perchè fino a quando l'inerzia non si sia protratta per tutto il tempo occorrente a produrre l'evento, che avrebbe dato luogo alla consumazione, e che in concreto per un fortuito accidente non si è verificato, si deve tener conto a favore dell'inerte della possibilità, che egli aveva di mutar avviso e decidersi ad agire; e per chiarire il suo pensiero fa l'esempio del guardiano ferroviario, che per produrre un disastro non toglie dal binario un frammento di roccia cadutovi. Certo in linea di fatto, se la linea è liberata da un altro prima

festa l'incongruenza delle formule escogitate dai giuristi per definire il tentativo, un esame diligente finisce col far riconoscere, come queste debbano rispetto a qualunque reato venir per via di interpretazione rese equivalenti alla nozione comune e volgare del tentativo, quale esecuzione di fatti diretti alla consecuzione d'un determinato scopo, ove si voglia renderle praticamente applicabili.

Ma se la formula positiva adottata all'alinea dell'art. 61 deve applicarsi anche ai fatti negativi, per includere nelle comminazioni penali da questa disposizione di legge dettate coloro, che con fatti negativi abbiano tentato di delinquere, non si può esitare ad applicare analogamente ad essi quella egualmente positiva del capoverso, per estendere all'autore del tentativo posto in essere coll'astenersi dall'agire il benefizio dell'impunità, quando l'inerte si sia deciso ad agire prima che la sua inerzia abbia prodotto il risultato, colla cui verificazione si sarebbe consumato il reato, che s'era deciso a commettere.

La rinunzia al proposito criminoso estrinsecatasi mediante una azione positiva ne rende assai più agevole la valutazione giuridica.

Come l'art. 45 non imputa i fatti costituenti la parte materiale del reato al loro autore, se non quando siano il frutto di una sua volizione, così il capoverso dell'art. 61 giustamente subordina l'esenzione dalla pena incorsa pel tentativo commesso alla condizione della volontarietà degli atti, coi quali si manifesta l'abbandono del proposito criminoso. Ora pur essendo identici i criterî, che presiedono al giudizio sulla volontarietà degli atti umani, assai diverse sono le condizioni, nelle quali si procede a tale giudizio, a seconda che gli atti, che ne formano oggetto siano positivi o negativi.

Rispetto all'atto positivo l'esclusione del carattere della volontarietà non può essere che la conseguenza della prova d'una esecuzione indipendente dalla volontà dell'agente. Trattandosi di atti negativi si può incominciare dal dubitare, se essi siano il frutto d'una

---

dell'ora, nella quale si aspetta il passaggio del treno, sarà difficile parlare di tentativo, perchè non si potrà probabilmente stabilire, se il guardiano s'era deciso a non proceder egli allo sgombero, o se, essendovi ancora tempo a farlo, si riservava di procedervi in seguito: ma quando la difficoltà di fatto fosse eliminata, come se questo guardiano se ne fosse andato lontano per escludere la possibilità d'un ritorno tempestivo, e senza avvertire alcuno, io non saprei vedere perchè si debba fargli un trattamento diverso da quello, che si fa a chi è arrestato nel corso degli atti positivi diretti alla perpetrazione del reato, mentre anche egli può affermare, che se lo si fosse lasciato continuare, avrebbe ancora mosso un qualche passo sulla via del delitto e poi si sarebbe arrestato.

deliberazione conforme, o se invece dipendano dal non essersi pensato all'opportunità di agire.

E pertanto ove taluno dopo d'essere rimasto inerte quanto bastava per render probabile l'evento, colla cui verificazione si sarebbe consumato il delitto, che aveva deliberato di commettere, ed essersi reso inerte in circostanze tali da porre in chiaro, come egli si astenesse dall'agire, perchè voleva, che questo evento si verificasse, finisca coll'eseguire gli atti valevoli ad impedirlo, non potrà essere escluso dal benefizio della impunità, se non in quanto risulti, che li ha compiuti inconsciamente o meccanicamente.

Constatata la corrispondenza del fatto alla volizione di chi lo ha compiuto, il giudice deve astenersi da ogni ulteriore indagine. Il procedere alla ricerca della genesi della volizione, mentre espone ad errori in linea di fatto, è irrilevante in linea di diritto. Chi delinque deve egualmente esser punito anche se il giudice si convinca, che egli ha delinquito perchè non aveva forza per resistere agli impulsi criminosi, e la perpetrazione di qualunque reato attesta precisamente questa prevalenza dell'impulso sulla forza di resistenza, che in concreto aveva l'agente. Chi abbandona l'impresa criminosa, nella quale s'era avviato, deve sfuggire alla pena, per quanto al giudice sembri che il proposito d'abbandonarla non sia germogliato spontaneamente nel suo animo, ma sia stato provocato da cause esteriori, alla cui influenza l'agente non ha saputo sottrarsi.

Solo quando si trattasse di cause, che abbiano esplicata un'azione che avrebbe esclusa la punibilità del fatto, ove la loro influenza si fosse manifestata, col far commettere un fatto delittuoso, in quanto avessero posti in essere gli estremi del n. 3 dell'art. 49, al fatto compiuto sotto la loro influenza potrebbe legittimamente disconoscersi il carattere della volontarietà agli effetti giuridici. Ma ogni distinzione d'altro genere, mentre sarebbe arbitraria, perchè priva d'un riferimento ad una disposizione positiva della legge, sarebbe anche erronea psicologicamente, in quanto nei casi, in cui la rinunzia alla impresa delittuosa apparisce spontanea, essa è pur sempre dovuta ad influenze esteriori, che hanno predisposto l'animo dell'agente a volerla, ed in quelli, nei quali sembra, che all'agente non spetti alcun merito di iniziativa, la rinunzia non si sarebbe avuta, se l'animo dell'agente non fosse stato predisposto a subire la benefica influenza, che si è sopra di lui esercitata.

Nei casi invece, in cui si ha propriamente quella desistenza, di cui parla il codice, per affermare, che si tratta di desistenza volontaria, non basta escludere, che la desistenza dipenda da uno stato

di inconsapevolezza, nel quale l'agente sia improvvisamente caduto, o da una forza esteriore, che meccanicamente gli abbia impedito di continuare ad agire, o da circostanze che gli renderebbero applicabile il n. 3 dell'art. 49, ove la loro influenza l'avesse spinto al delitto invece di allontanarlo da esso. Imperocchè prima di procedere alla qualifica della desistenza bisogna esser certi che un caso di desistenza si abbia.

Riproducendo l'infelice dizione seguíta nell'alinea, il legislatore al capoverso parla di desistenza volontaria dagli atti d'esecuzione del delitto, ma così nel capoverso, come nell'alinea, per dare un senso ragionevole alla formula legislativa, bisogna ammettere, che parlando di delitto si volesse riferirsi invece al proposito delittuoso. Di chi avendo udito, mentre sta per colpire, un rumore, che può anche esser prodotto da uno stormir di foglie, atterrito fugge, non è il caso di chiedersi, se abbia desistito volontariamente o non volontariamente, perchè la fuga non si collega alla deliberazione di rinunziare all'attuazione del progetto omicida, ed è dovuta ad una volizione, molto probabilmente impulsiva, che ha interrotto il corso delle operazioni iniziate, ma non implica una desistenza dal progetto di uccidere [1]).

Dagli atti di esecuzione del delitto propriamente non si può desistere, perchè essi non si sono ancora incominciati da chi non si sia reso colpevole di delitto consumato. Si può desistere invece dalla esecuzione degli atti, per mezzo dei quali si commetterebbe il delitto; ma la determinazione del momento in cui la desistenza si effettua non presenterebbe difficoltà minori di quelle, che si incontrano, quando si vogliano determinare i caratteri degli atti, che devono essersi iniziati, perchè si possa parlare di tentativo.

Si comprende come il legislatore possa prescrivere a pena di nullità, che agli atti occorrenti alla consegna di un testamento segreto si debba procedere di seguito e senza passare ad altri atti (cod. civ. art. 787), ma è intuitiva l'assurdità della opinione di chi volesse subordinare la rilevanza giuridica degli atti costituenti ten-

---

[1]) È per non aver pensato a ciò, che CASTORI (*Il tentativo*, « Completo trattato » del Cogliolo, Milano, 1893, vol. I, parte III, pag. 474 e seg.) contrariamente all'opinione del CARRARA (corretta nella sostanza, ma fondata sopra una argomentazione non precisa) sostiene doversi accordare l'impunità all'aggressore, che ha fermato il braccio già sollevato per colpire pel sopraggiungere di persone, le cui grida lo hanno fatto fuggire. La differenza, che passa fra la desistenza dal proposito delittuoso e la desistenza dagli atti diretti ad attuarlo, non sfuggì invece al MAJNO (*Commento al codice penale italiano*, Verona, 1890, vol. I, pag. 174), che chiama la prima desistenza in senso proprio e la seconda mancata ripetizione.

tativo d'un reato alla condizione, che alla loro esecuzione non si abbia ad intercalare l'esecuzione di atti d'altro genere. Dato ciò, è evidente, come non di desistenza dagli atti si doveva parlare, ma di desistenza dal proposito criminoso, e come, qualunque siano le parole della legge, è in questo senso, che esse devono venir intese.

Anche nei casi quindi in cui nè si tratti di delitto, che debba esser commesso mediante omissione, nè siasi già soggettivamente esaurita l'attività criminosa dell'agente, una semplice interruzione nella intrapresa criminosa non basterà a legittimare l'applicazione del capoverso dell'art. 61. Affinchè esso si applichi occorrerà, che alla sospensione degli atti esecutivi del progetto criminoso abbia tenuto dietro un intervallo di tempo, durante il quale l'agente avrebbe avuta l'opportunità di proseguire in essi, per modo che dal non averne profittato si possa dedurre l'abbandono di tale progetto appunto come dalla possibilità di eseguire un atto doveroso senza che di essa si profitti, per compierlo, si arguisce che l'inerzia dipende da pravo proposito di non agire, e la si imputa penalmente.

Solo dopo d'avere stabilito, che l'arresto verificatosi nella esplicazione dell'attività dell'agente è dovuto alla deliberazione da lui concepita di indirizzare a meta diversa l'opera propria, e non già a contingenze, che lo inducano a procedere interpolatamente nell'attuazione del suo proposito, si potrà domandarsi, se tale deliberazione sia o no volontaria. Ed è allora, che si dovrà tener presente, come ad escludere la volontarietà non basti, che i motivi, ai quali la deliberazione appare dovuta, siano tali, da farla ritenere quasi estranea all'individualità di chi l'ha adottata, giacchè seguendo tale criterio, desunto dalla credenza nella libertà metafisica dell'arbitrio, si dovrebbe finir col considerare come imputabili solo i fatti dovuti a motivi, che sfuggono alla nostra osservazione.

L'esenzione dalla pena, nella quale si sarebbe incorsi pel tentativo commesso, e che come il codice espressamente dichiara, non esclude l'applicazione delle pene incorse per avere coi fatti diretti alla consumazione del reato, alla cui perpetrazione si è rinunziato, posto in essere un reato diverso, viene poi diversamente spiegata a seconda della diversità della base, che si dà alla incriminazione del tentativo.

Chi nel tentativo null'altro scorge, che l'estrinsecazione d'una intenzione criminosa, deve dichiarar venuta meno la ragione, che giustifica l'intervento del legislatore, quando a questa intenzione si sostituisca una intenzione contraria [1]).

---

[1]) Pessina, *Elementi di diritto penale,* vol. I, pag. 256, Napoli, 1882; Baum-

Chi ritiene, che il tentativo vada punito per l'effetto pregiudizievole, che gli è proprio, e che si concreta nel pericolo, a cui espone i beni, alla cui lesione è diretto, deve riconoscere, come una volta che esso siasi verificato, qualunque cambiamento si manifesti nell'animo dell'agente più non abbia il potere di cancellarlo [1]). L'esenzione dalla pena viene allora ad assumere quello stesso carattere d'una misura di prudente indulgenza intesa a non rendere più difficile la eventualità di una salutare resipiscenza, da cui l'agente nell'ultimo momento sia colto, che le è proprio quando si esplica rispetto a delitti già consumati (cod. pen., art. 133, 189, 216, 233, 241, 253, 262).

GARTEN, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Stuttgart, 1888, pag. 466 e seg. ed autori ivi citati.

[1]) Tale considerazione indusse il CARMIGNANI (*Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1831, tomo II, pag. 342 e seg., ove secondo è suo costume dà conto preciso ed accurato dello stato della questione nella dottrina anteriore) a ritenere, che il pentimento debba far ottenere al colpevole di tentativo soltanto una diminuzione di pena.

BIBLIOGRAFIA

BAUMGARTEN, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Stuttgart, 1888. — BENEVOLO, *Il tentativo nella dottrina, nella legge e nella giurisprudenza*, Torino, 1887. — BRACKENHOEFT, *Ueber das misslungene Verbrechen oder den sogenannten Versuch des Verbrechens* (*Archiv des Criminalrechts*, N. F., 1847, pag. 58-102). — CARRARA, *Tentativo nell'impeto; Grado nella forza fisica del delitto. I. Conato* (*Opuscoli*, vol. I, Lucca, 1870, pag. 317-473); *Un caso speciale di tentativo* (*Opuscoli*, vol. ed ed. cit., pag. 631-661); *Omicidio mancato; Omicidio mancato - Premeditazione* (*Opuscoli*, vol. III, Lucca, 1870, pag. 75-166); *Questione sul tentativo* (*Opuscoli*, vol. V, Prato, 1889, pag. 179-322); *Un pensiero sul tentativo* (*Opuscoli*, vol. VII, Lucca, 1877, pag. 111-119); *Sinopsi del conato, Tentativo con mezzi idonei, Tentativo e consumazione, Atti preparatori* (*Reminiscenze di cattedra e foro*, Lucca, 1883, pag. 261-294, 305-348). — CHOP, *Kann ein Verbrechen mit absolut untauglichen Mitteln versucht und an einem Gegenstande begangen Werden, rücksichtlich dessen es unmöglich ist?* (*Archiv des Criminalrechts*, N. F., 1842, pag. 519-540). — COHN, *Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen*, Breslau, 1880, vol. I (esso consta di 5 capitoli con chiusa, pag. 699, e tende a stabilire il concetto ed a fissare l'estensione del delitto tentato od imperfetto: avrebbe dovuto tenergli dietro un altro volume diretto a completare lo sviluppo dogmatico ed a provocare mediante studî di storia critica sulla letteratura formatasi in proposito l'emancipazione completa dei giuristi tedeschi dalla dottrina italiana, ma invece nel 1889 l'A. pubblicò - Breslau - un volume pressochè esclusivamente polemico sotto il titolo: *Die Grundsätze über den Thatbestand der Verbrechen und der heutige Gattungsbegriff des Versuchens*. — GEYER, *Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen* (*Gerichtssaal*, a. 18ª, pag. 35-82). — HÄBERLIN, *Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Object* (*Gerichtssaal*, a. 16ª, pag. 218-246). — KÄRCHER, *Der Thatbestand des Versuchs* (*Gerichtssaal*, vol. XXXIV, pag. 43-51). — KROSCHEL, *Versuch und Mangel am Thatbestand; Straflosigkeit des Versuchs am untauglichen Object* (*Gerichtssaal*, vol. XLI, pag. 273-296; vol. XLIII, pag. 216-228, seguìto da una nota in senso contrario di STENGLEIN, pag. 228-232). — LELIÈVRE, *Commentatio de conatu delinquendi*, Lovanio, 1828. — LUDEN, *Ueber den Versuch des Verbrechens nach gemeinen teutschen Rechte* (è il primo volume delle dissertazioni), Göttinga, 1836. — MEYER, *Der Anfang der Ausführung*, Tübingen, 1892. — MITTERMAIER, *Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen; Ueber den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen; Ueber den Unterschied vollendeter und versuchter Verbrechen, und über die Grade des Versuchs* (*Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. I, pag. 163-202; vol. II, pag. 602-616; vol. IV, pag. 1-23); *Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks; Anfang der Ausführung* (*Gerichtssaal*, a. XIª, pag. 197-210). — PIZZOLI, *Sulla teoria del conato punibile* (*Eco dei Tribunali*, Venezia,

1859, pag. 249-252, 256-260). — RUBO, *Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln oder an untauglichen Objecten* (*Gerichtssaal*, a. 17ª, pag. 1-52). — SCHERER, *Ueber die Strafbarkeit des Versuchs am absolut untauglichen Objecte und mit absolut untauglichen Mitteln* (*Gerichtssaal*, vol. XXIX, pag. 481-508). — SEEGER, *Die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters*, Tübingen, 1869. — VON BURI, *Zur Lehre vom Versuche; Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Object; Ueber den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch; Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen 1890* (*Gerichtssaal*, a. 19ª, pag. 60-80; a. 20ª, pag. 325-335; vol. XL, pag. 503-540; vol. XLIV, pag. 321-356). — VON ZIRKLER, *Beiträge zur richtigen Beurtheilung der Fälle des Versuchs jenach der Verschiedenheit der Verbrechen* (*Archiv des Criminalrechts*, N. F., 1839, pag. 434-457). — WEBER, *Ueber das geendigte Verbrechen (delictum perfectum) und dessen angemessene Bestrafung* (*Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. IV, pag. 24-55). — ZACHARIA, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Göttinga, 1836, parte I; 1839, parte II. — ZIMMERMANN, *Ueber die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen mit untauglichen Mitteln* (*Gerichtssaal*, vol. XXXIII, pag. 260-269).

Prof. PIETRO NOCITO

IL CONCORSO DI PIÙ PERSONE IN UNO STESSO REATO

(Libro I, Titolo VI del Codice penale)

SOMMARIO.

I. Epigrafe del Codice e di questo trattato — II. Sistema del nostro Codice intorno al concorso punibile — III. Del concorso a delinquere e dei suoi elementi — IV. Delle varie forme del concorso a delinquere, concorso fisico principale — V. Forme di concorso fisico secondario — VI. Delle forme di concorso morale — VII. Del mandato — VIII. Eccesso nel mandato — IX. Diverse specie di mandato — X. Della pena del mandato — XI. Minorante di pena pel mandante — XII. Dell'ordine — XIII. — Della società — XIV. Della minaccia, della ricompensa e dell'artifizio — XV. Delle forme secondarie di concorso morale. Del consiglio — XVI. Della promessa d'aiuto od assistenza. Fatti posteriori — XVII. Fatti posteriori al reato costituenti reato — XVIII. Fatti positivi posteriori al reato non costituenti reato — XIX. Fatti negativi posteriori al reato non costituenti reato — XX. Della pena dei concorrenti secondarî — XXI. Circostanze personali che aggravano la pena — XXII. Circostanze materiali che aggravano la pena dei concorrenti. — XXIII. Circostanze dirimenti od escusanti.

CAPO I.

Epigrafe del Codice e di questo trattato.

Colla locuzione di *concorso di più persone in uno stesso reato* il nostro Codice intese parlare di tutti coloro che prendono parte ad un reato. Questa rubrica non è nuova, giacchè essa venne adottata dal Progetto Mancini, ed è usata dal Codice penale per il Canton Ticino, che sotto il nome di *concorso di più rei nel crimine o delitto,* distingue i concorrenti in *autori* ed in *complici.* Il Codice penale belga usò invece la rubrica: « *De la partecipation de plusieurs personnes au même delit* » (liv. I, cap. VII). Il detto Codice distingue pure i partecipanti in *autori* (art. 66), ed in *complici* (art. 59).

Il Codice penale germanico usa invece la rubrica di *Complicità,* distinguendo poi gli *autori,* gl'*istigatori* e gli *ausiliatori.* Il Codice penale per il Cantone di Zurigo ha la rubrica della *Complicità* e *favoreggiamento* distinguendo soltanto l'*autore fisico* (*thäter*) e l'*istigatore* che sarebbe l'*autore morale* (*anstifter*).

Il Codice penale di San Marino ha la rubrica della *Complicità;* e così pure il Codice penale per l'isola di Malta parla dei *Complici.* Il Codice penale sardo del 1859 aveva per rubrica *Degli agenti prin-*

cipali e dei *complici,* e quindi la parola *Complicità* non era più un modo generale per esprimere la partecipazione al reato, ma un modo speciale, ed anzi secondario di partecipazione. Il Codice penale toscano aveva la rubrica: « *Del concorso di più partecipanti ad uno stesso delitto, e dei fautori del delitto altrui* », distinguendo i partecipanti in *autori del delitto,* fra i quali comprendeva coloro che avevano istigato altri a formare la risoluzione criminosa (*istigatori*), ed in *ausiliatori* del delitto, cioè coloro che facilitano o fortificano l'altrui risoluzione, o ne indicano o somministrano i mezzi, o prestano al delinquente dopo il fatto, ma in adempimento di promesse anteriori, un soccorso per assicurare il frutto del delitto, od eludere le investigazioni della giustizia. Il Codice penale toscano ha trattato del *favoreggiamento* a proposito del concorso nel reato, ma è evidente che il *favoreggiamento* è un reato speciale contro l'amministrazione della giustizia, e non ha nulla che vedere con la partecipazione al reato quando non è stato promesso o pattuito prima del reato, e quindi non ha avuto alcuna influenza sopra il medesimo. Il Codice penale per le Due Sicilie aveva la rubrica *Dei complici,* considerando come tali tutti coloro che avessero in qualunque modo partecipato al reato posto in essere da un altro, e che venne chiamato col nome di *autore.* I complici furono distinti in *necessarî* e *non necessarî,* secondochè la loro cooperazione sia stata oppur no indispensabile per l'esistenza del fatto. Come qui si vede, la voce *complicità* è quella più in uso per esprimere la partecipazione al reato, ed è voce della bassa latinità, usata da Sidonio e da Prudenzio per indicare i compagni del malefizio (Hamartig., vers. 614; epis. lib. VIII, ep. 11). Questa parola è da *complector* che significa *unire insieme, stringere* ed *abbracciare* da *con* e *plecto.* Essa però esprime sempre il concetto di più persone che sono unite ad un'altra, o che sono implicate o mescolate nell'affare di un altro, mentre il concetto della partecipazione a delinquere importa un affare comune, ed entrano nel novero dei partecipanti tanto l'autore del fatto fisico quanto colui che lo ha determinato ad agire; tanto i partecipanti principali, quanto i partecipanti accessorî.

I Romani chiamarono tutti i partecipanti « *conscii* » e la *partecipazione* obbiettivamente considerata fu detta « *conscientia* ». Ulpiano dice a proposito dello stupro: « *Quicunque enim ob conscientiam stupri accepit aliquid poena erit plectendus* » (Fr. 29, § 2, D. *De adult.*). In altro luogo la parola « *conscientia* » è presa per indicare non solamente la partecipazione generica al reato, ma eziandio in modo speciale l'*accordo* o l'intesa fra più persone per commettere un reato

senza che si fosse posto in essere da alcuno un atto fisico: *Aut facta puniuntur, ut furta, caedesque; aut dicta, ut convicia, et infidae advocationes; aut scripta, ut falsa, et famosi libelli; aut consilia, ut conjurationes et latronum conscientia, quosque alios suadendo juvisse sceleris est instar* (Fr. 16 pr. D. *De poenis*). Nel Dritto romano usavansi pure le parole: *socii, adjutores, satellites, ministri, participes, adfines noxiae*. Le parole *conscii* e *socii* servivano però meglio ad esprimere i delinquenti principali, mentre le parole *adjutores, satellites, ministri, participes,* servivano per esprimere i delinquenti accessorî. Il nome di *correi* non si trova che nella bassa latinità. Il nome di *fautore* (*fautor*) fu preso tanto in buona come in cattiva parte; ed erano in generale *fautores* i *favoreggiatori,* e principalmente i partitanti nelle corse dei cavalli, o nei giuochi del circo. Così Orazio parla di colui che non si contentava di favorire le gare con un solo pollice: *fautor utroque tuum laudabit pollice ludum* (L. I, ep. XVIII, v. 66). Il *fautor* era però preso anche in mala parte, e così abbiamo i *nequitiae fautores* in Orazio (L. I, ep. XV), ed i *fautores flagitii* in Cicerone (Ep. *ad At.,* L. I, ep. XVI).

Il nostro Codice non ha creduto opportuno di adoperare nomi tecnici per esprimere i diversi gradi della partecipazione nell'azione criminosa; ma, parlando in genere del concorso di più persone nello stesso reato, ha assegnato una pena diversa alle diverse maniere di partecipazione al reato, secondo che la medesima era oppure no necessaria alla perpetrazione del maleficio. Il nostro Codice ha espresso il concetto generico della partecipazione con la parola *concorso,* indicando così il fatto di più persone che corrono insieme verso la stessa meta. Il Codice ha messo da parte i nomi di *autori, provocatori, istigatori, ausiliatori* e simili, esprimendo il concetto della provocazione e della istigazione con l'indicare il fatto in genere di colui che ha determinato altri a commettere un reato. È questa una espressione più propria di *istigazione,* usata dal Codice penale toscano, e di *provocazione,* usata dal Codice penale napoletano, perchè la provocazione e l'istigazione abbracciano tanto il concorso morale principale quanto il concorso morale accessorio. Quanto alla parola *ausiliatore* tutto sta nel sapere di che natura sia l'*aiuto* od *ausilio,* potendo esservi aiuti necessarî ed indispensabili, ed aiuti dei quali si potrebbe fare a meno; ed è perciò che vale meglio indicare i fatti generici anzichè adoperare parole equivoche. Così ha fatto il nostro Codice adottando una rubrica che non solo secondo la scienza appare esatta, ma che si presta molto bene alla pratica.

CAPO II.

Sistema del nostro Codice intorno al concorso punibile.

L'art. 63 del Codice penale esamina la partecipazione di coloro, che compiono un atto indispensabile e necessario alla perpetrazione del malefizio, per propria natura; e tali sono gli esecutori o i cooperatori immediati dell'atto, che costituisce il reato. L'esecutore del reato è colui che pone in essere il fatto costitutivo del reato, ed è, come suol dirsi, l'autore fisico del medesimo, come nel furto colui che spoglia il proprietario della cosa, o nell'omicidio colui che dà il colpo, il quale tronca la vita. È invece *cooperatore immediato* colui, che presta aiuto nell'atto fisico constitutivo del reato, come chi tiene ferma la vittima nel momento che un altro la percuote a morte. Gli *esecutori* come i *cooperatori* possono essere più di uno, perchè ad esempio più individui possono tener ferma la vittima, e così cooperare insieme immediatamente con l'esecutore; come dall'altro canto ci possono essere più *esecutori* senza bisogno di alcun *cooperatore,* come nel caso nel quale più individui tolgano di peso dal luogo dove si trova una cassa forte per asportarla. Qui il furto è il risultato della forza muscolare di più ladri, ciascuno dei quali sarebbe stato impotente a commettere il furto. Il caso è configurato dal *Digesto* nel fatto di più persone che avevano insieme asportata una trave: *Si duo pluresve unum tignum furati sunt quod singuli tollere non potuerint, dicendum est omnes eos furti in solidum teneri, quamvis id contrectare nec tollere solus posset, et ita utimur: nec enim potest dicere pro parte furtum fecisse singulos; sed totius rei universos: sic fiet singulos furti teneri.* (Fr. 21, § 9, D. *de furtis*).

Un altro caso di esecutori immediati è quello configurato dallo stesso *Digesto* a proposito di più individui che avevano insieme segato un albero per asportarlo: *Si plures eandem arborem furtim reciderint cum singulis in solidum agetur* (Fr. 6 pr. D. *arb. fur. caes.*).

Sebbene nella pena i *cooperatori immediati* dell'atto costitutivo del reato non si distinguano dai suoi *esecutori,* tuttavia logicamente l'*esecutore* è diverso dal suo *cooperatore* anche immediato.

A questi primi concorrenti nell'atto fisico l'art. 63 fa seguire i concorrenti per atto morale; ma di tale importanza che l'autore dell'atto viene considerato come autore morale o psicologico del reato, e tale è

il caso di colui che abbia determinato altri a commettere il reato. In questo caso il braccio dell'esecutore è animato da colui che lo ha determinato ad uccidere od a rubare; ed è per ciò che l'*autore morale* viene messo alla pari dell'*autore fisico*, ed è considerato come se egli stesso avesse ucciso o rubato. Tale era pure la dottrina del Diritto romano: *sive autem quis suis manibus, sive dum imperat servo, arbores cingi, subsecari, caedi, hac actione tenetur; item et si libero imperet* (Fr. 7, § 4, D. *arb. fur. caes.*).

Nell'art. 64 del nostro Codice non si fa nemmeno parola di alcun *nomen juris* dato ai concorrenti secondarî ed accessorî del reato; ma si dice soltanto nell'ultimo capoverso che *la diminuzione di pena per il colpevole di alcuno dei fatti preveduti nel presente articolo non è applicata se il reato senza il suo concorso non si sarebbe commesso.* Così nel concetto del nostro legislatore, e senza bisogno di adoperare nomi speciali e giuridici, i partecipanti ad un reato sono chiamati col nome di *concorrenti nel reato;* ed i *concorrenti* altri sono *principali* ed altri *secondarî,* secondo l'importanza del concorso; e distinguonsi inoltre i concorrenti secondarî in concorrenti necessarî e non necessarî, parificando nella pena i primi ai concorrenti principali.

CAPO III.

Del concorso a delinquere, e dei suoi elementi.

Conviene ora dare la nozione del *concorso* o della partecipazione a delinquere, nonchè indicare le varie forme con le quali si manifesta il detto concorso. È risaputo, che il reato è una ipostasi, cioè un ente composto come una persona viva, di un elemento morale e di un elemento fisico, uniti insieme nell'unità dell'azione umana. Ogni partecipazione importa avere una parte nel tutto, e questa parte nel reato non può esser presa se non in quanto si partecipi tanto allo elemento morale come all'elemento fisico. Non ci può essere *concorso,* se non in quanto il partecipante abbia la stessa volontà, che hanno gli altri, di commettere il reato, e se non in quanto questa volontà abbia avuto per effetto diretto o indiretto l'atto fisico constitutivo del reato. Avvi *effetto diretto* quando colui che vuole il reato abbia cooperato nella sua esecuzione fisica. Avvi *effetto indiretto* quando colui che vuole il reato, senza porre in essere l'atto fisico constitutivo del reato, abbia fatto sì che altri lo produca. In altri ter-

mini nel *concorso a delinquere* ci vogliono in ogni concorrente i due elementi del reato, la volontà ed il fatto.

Se un servo, ad esempio, avesse lasciato aperto l'uscio di casa perchè dimenticò di chiavarlo, e per l'uscio aperto entrarono certi ladri notturni, e svaligiarono la casa, il servo non può dirsi concorrente nel furto agli effetti penali, perchè in lui mancò la volontà di commettere il furto, sebbene nell'atto fisico del reato non si possa negare il suo effettivo concorso, perchè se egli non avesse lasciato la porta aperta i ladri non sarebbero entrati nell'altrui casa e non avrebbero rubato. Per la stessa ragione se alcuno, pur volendo che un altro rubasse, nulla poi avesse fatto per aiutarlo nel furto, quando il furto fosse stato commesso, non sarebbe tenuto di furto, perchè ci sarebbe la volontà senza il fatto.

Non è per altro necessario, che la partecipazione alla volontà criminosa constitutiva del concorso punibile sia manifestata per mezzo di un accordo, o patto, o contratto stipulato fra tutti i soci del delitto, potendosi bene dare il caso che due partecipanti ad uno stesso delitto non si conoscano nemmeno tra loro, eppure abbiano partecipato allo stesso reato. Così se un domestico avesse avuto sentore, che il padrone passando per un dato punto avrebbe dovuto essere ucciso, e per vendicarsi lo avesse spinto a passare per quella via, nella quale egli doveva essere morto e lo fu, il domestico sarebbe un concorrente nell'omicidio, sebbene egli non avesse mai parlato con gli aggressori, e non li avesse conosciuti nè di nome nè di vista, e loro non avesse promesso alcun aiuto nell'omicidio. Quello che importa per il concorso a delinquere è il *dolo*, o la *voluntas sceleris*, poco importando che questa volontà sia stata partecipata agli altri concorrenti, o non sia stata conosciuta dai medesimi.

Il secondo elemento è che la volontà abbia partorito o prodotto il fatto fisico, sia perchè colui che lo volle operò, sia perchè senza operare fece in modo che altri lo mandasse ad effetto. E qui è necessario osservare, come spesso il fatto posto in opera oltrepassi la volontà di alcuno di coloro che vi concorsero, e possa anche accadere che pure essendoci la volontà, il fatto non corrisponda alla medesima. Più individui, ad esempio, aggrediscono una persona che li abbia ingiuriati, e la crivellano di colpi di coltello; ma soltanto da uno degli aggressori ebbe l'aggredito il colpo, che gli produsse la morte. In questo caso tutti gli aggressori sono tenuti di omicidio, perchè l'aggressione deve considerarsi come un fatto unico, in modo che tutti gli aggressori formino quasi un solo aggressore, e tutti animati dalla volontà di nuocere al malcapitato con tutto quello che

le armi da loro impugnate avrebbero potuto produrre, e perciò tutti egualmente responsabili di avere voluto l'evento prodotto.

Per l'opposto se alcuno avesse dato la scala o la chiave ad un ladro per insalire nell'altrui casa, o aprirne l'uscio, ed il ladro nella casa altrui oltre a rubare avesse anche pensato di uccidere, non deve chi gli fornì la scala rispondere dell'omicidio, come non deve rispondere di quella violenza carnale, che il ladro, ad insaputa di colui che gli reggeva la scala, avesse commesso nella casa del derubato; perchè sebbene l'omicidio o la violenza carnale non avrebbero potuto essere commessi senza l'opera di colui, che aiutò il ladro ad entrare nell'altrui casa, il primo tuttavia non poteva volere ciò che non sapeva, ed il suo concorso nella violenza carnale o nell'omicidio non è punibile.

CAPO IV.

Delle varie forme del concorso a delinquere, concorso fisico principale.

Le varie forme di concorso, sebbene tutte debbano avere l'elemento morale e l'elemento fisico, tuttavia si differenziano in ciò, che alcune di queste forme si concretano in una partecipazione fisica diretta o indiretta, accompagnata dalla volontà di commettere il fatto, ed altre forme si concretano in una partecipazione morale; cioè nel formare o rafforzare la volontà criminosa, accompagnata e seguíta dal criminoso evento. Le prime forme sono quelle di partecipazione alla esecuzione immediata del reato o di cooperazione nell'esecuzione, delle quali abbiamo parlato fin'ora.

Altre forme di concorso nell'atto fisico sono la somministrazione dei mezzi per eseguire il reato e la facilitazione dell'esecuzione prestando assistenza ed aiuto prima o durante il fatto. È necessario, che queste forme siano tenute distinte dalle forme della cooperazione immediata nell'atto della esecuzione, nonchè dalle forme della partecipazione alla esecuzione. Il dare i mezzi, perchè il reato possa essere eseguito, non è la stessa cosa che cooperare immediatamente all'esecuzione del reato. Così colui che ha prestato una scala, perchè altri andasse a rubare, fa cosa ben diversa da colui, che insieme al ladro porta la scala, recandosi sul teatro del reato, e poi appoggiando e tenendo ferma la scala, perchè il ladro insalisca e penetri per la finestra nell'altrui casa. Costui, sebbene con le proprie mani non tolga la cosa altrui

e non la esporti dal luogo ove si trova, come fa colui che penetra nell'altrui casa e ne asporta il denaro che vi si trova, tuttavia è un cooperatore immediato dell'azione furtiva. La sua opera però è molto diversa da quella di colui che ha prestato semplicemente la scala senza portarla sul luogo del reato e senza appoggiarla o tenerla ferma. Nè valga il dire che quel mezzo servì per commettere il furto, giacchè non basta che effettivamente l'autore del reato si sia servito di un determinato mezzo da altri somministrato perchè quest'ultimo sia considerato come cooperatore, ed equiparato nella pena all'autore del reato. La legge nostra per questa equiparazione nella pena vuole che il reato senza questo mezzo non si possa commettere; cioè che il mezzo somministrato sia assolutamente indispensabile e necessario.

Laonde se ad esempio bastava l'agilità personale per l'insalizione o bastava che alcuno salisse sulle spalle dell'altro per guadagnar la finestra, in modo che la scala per entrare nell'altrui casa non sarebbe stata necessaria, la scala non sarebbe stata che un mezzo di facilitazione per commettere il furto; ma non mai un mezzo necessario. Tuttavia anche quando il mezzo adoperato per il reato fosse stato necessario, non parmi, che sia la stessa cosa, dare uno strumento, e lasciare che altri lo adoperi e lo maneggi, e dare lo strumento, ma prestando insieme l'opera personale per maneggiarlo. In questo secondo caso oltre ad esserci la somministrazione del mezzo, c'è anche la cooperazione diretta, spiegata nel momento dell'azione. Il proprietario della scala, a mo' d'esempio, non ha prestato soltanto la scala al ladro; ma gli ha prestata l'opera propria nel momento dell'azione, appoggiando la scala alla finestra e tenendola ferma nel momento dell'insalizione.

Malgrado ciò, il concorrente, che abbia somministrato un mezzo necessario, è parificato dalla legge a colui, che oltre al mezzo necessario ha somministrata la propria immediata cooperazione nel momento del reato.

CAPO V.

Forme di concorso fisico secondario.

L'art. 64 parla di alcuni concorrenti secondari nell'atto fisico, col facilitare l'esecuzione del reato prestando assistenza od aiuto prima o durante il fatto. Questa figura di partecipazione vuole essere tenuta distinta dalla somministrazione dei mezzi, perchè sebbene chi sommini-

stra i mezzi presti un aiuto, non però coloro che prestano aiuto ed assistenza somministrano i mezzi del reato. Così colui che somministrasse del denaro ad un uomo che si propone di commettere un omicidio, allo scopo di agevolarne la fuga dopo averlo commesso, o che gli fornisse i viveri per rimanere lungo tempo in agguato, ed aspettare la vittima, avrebbe senza dubbio aiutato o assistito l'esecutore del reato prima del fatto; ma non gli avrebbe dato i mezzi per commettere l'omicidio, come ad esempio prestandogli il fucile o dandogli le relative cariche. L'aiuto o l'assistenza si può anche prestare durante il fatto; e tale è il caso di colui che stia in vedetta per impedire che il colpevole sia sorpreso nel momento dell'azione e da essa stornato, od accenda il lume per guidare i passi dei malfattori nel momento dell'azione. Nei fatti di facilitazione con aiuto ed assistenza durante l'azione non deve però trovarsi un fatto di cooperazione, giacchè altrimenti si confonderebbe un fatto principale di concorso con un fatto accessorio. È cosa ben diversa il far la vedetta ed il regger il lume per guidare i passi del ladro ed aiutarlo ad asportare il compendio furtivo dopo che il ladro l'avesse buttato dalla finestra, ed il tenere fermo il derubato nel momento che il ladro gli vuota le tasche. Questo è un fatto di cooperazione immediata. Vi sono però fatti di assistenza od aiuto durante l'opera criminosa che non possono dirsi fatti di cooperazione mediata, come il fatto di colui che abbia agevolato l'ingresso del ladro nell'altrui casa abbattendo l'uscio, o fracassando la finestra. Costui non coopera immediatamente all'azione furtiva perchè non tiene il sacco al ladro per riempirlo delle cose rubate; ma è chiaro che se il ladro non si fosse introdotto nella casa altrui, e quindi se un altro non avesse abbattuto l'uscio per farlo entrare, il ladro non avrebbe potuto commettere il furto.

È per ciò che l'art. 64 nell'ultimo capoverso dà ai fatti accessorî di concorso la stessa pena che ai fatti principali, ognora quando il fatto accessorio sia stato necessario per commettere il reato. Questa necessità non si può stabilire senonchè caso per caso, perchè anche i fatti che per sè stessi parrebbero i più insignificanti ed i più inutili possono in certi casi diventare necessarî al compimento di una opera. Un fiammifero parrebbe la cosa più insignificante ed inutile; ma chi lo porgesse nel momento in cui una persona va cercando nel buio in mezzo a molte carte un testamento olografo da sopprimere e distruggere, porgerebbe un aiuto necessario al compimento del reato. È necessario peraltro avvertire, che non si può parlare di *somministrazione di mezzi per commettere il reato,* nè di *assistenza ed aiuto prima o durante il fatto, se i mezzi* non servirono effettivamente al reato, e se

l'assistenza o l'aiuto non giovò alla sua preparazione od esecuzione. Tizio prestò ad un ladro la scala per rubare; ma il ladro non credè conveniente di servirsene, ed all'ultim'ora pensò di farne a meno, per essere più spedito nei suoi movimenti, e più sicuro nella sua fuga. Il fornitore della scala non può dirsi un concorrente nel furto, perchè egli non vi ha partecipato per nulla, ed il furto è stato consumato senza l'aiuto della scala. Ci sarà in lui una malvagia intenzione; ma questa non basta per la punizione. Dicasi lo stesso di colui che presta assistenza o aiuto prima o durante il fatto criminoso, senza che da questa assistenza il fatto riceva influenza alcuna. Così un individuo che assiste materialmente alla perpetrazione di un malefizio, come un furto od un omicidio, può essere chiamato moralmente responsabile per non aver impedito il furto o l'omicidio; ma la sua inazione o la sua presenza materiale al furto ed all'omicidio non è constitutiva di un concorso a delinquere. Dicasi lo stesso dell'aiuto ed assistenza prima del fatto, perchè ci può essere un aiuto del quale il colpevole credette di fare a meno perchè gli riusciva d'impaccio, come nel caso, nel quale un individuo gli avesse dato scientemente un cavallo per andare a rubare, ed egli avesse creduto opportuno di andare a piedi per non fare rumore, o nel caso di chi gli avesse dato una lanterna, ed egli avesse pensato di non accenderla, perchè il buio è più amico dei ladri, e gli avrebbe fatto più comodo. In tutti questi casi l'aiuto e l'assistenza sarà nella mente di colui che ha dato la lanterna o il cavallo; ma nel fatto non ci fu nè assistenza, nè aiuto, e quindi venne meno il concorso punibile.

Questa dottrina vuole essere però abbracciata colle dovute riserve, giacchè può ben darsi che ci sia concorso punibile nel fatto di colui che non ebbe ad influire colla sua assistenza od aiuto sull'atto fisico: così se alcuno avesse fatto la vedetta nel momento nel quale si commetteva una grassazione nel comune interesse o accordo e la vedetta compiva un ufficio che i suoi compagni le avevano commesso, poco importa che questa vedetta non avesse dato alcun segno di allarme, perchè nulla avesse scoverto, che potesse disturbare l'azione dei grassatori; giacchè il fatto si compie nell'interesse di tutti e la vedetta che sta a speculare per vedere se si muove la forza pubblica, col non dare alcun segno di allarme perchè nulla ha veduto, è come se dicesse ai compagni: fate pure a vostro comodo, e state pur tranquilli perchè nulla viene a turbarvi. Trattasi quindi di un vero aiuto efficace, dato ai malfattori, se non con un concorso fisico, con un concorso morale, che è la conseguenza di una assistenza fisica.

CAPO VI.

Delle forme di concorso morale.

Oltre alle forme di concorso fisico ci sono le forme di concorso morale, e queste sono distinte, tanto nella scienza come nel nostro Codice, in forme di concorso principale ed in forme di concorso secondario. L'art. 63 del detto Codice parla tanto degli esecutori del reato o dei cooperatori immediati del medesimo, quanto di coloro che hanno determinato gli altri a commetterlo, e li considera alla stessa stregua parificandoli nella pena. L'art. 63 dice: *Quando più persone concorrano nella esecuzione di un reato, ciascuno degli esecutori e dei cooperatori immediati soggiace alla pena stabilita per il reato commesso. Alla stessa pena soggiace colui che ha determinato altri a commettere il reato; ma all'ergastolo è sostituita la reclusione da venticinque a trent'anni, e le altre pene sono diminuite di un sesto, se l'esecutore del reato lo abbia commesso anche per motivi proprî.*

Il capoverso di questo articolo è consacrato alle forme principali del concorso morale. Il Codice però non ha creduto di indicare le forme diverse della determinazione a delinquere, ma ciò non toglie che il determinante non sia una causa dell'atto fisico, giacchè quando alcuno sia stato determinato a commettere un reato, la sua determinazione è conseguenza dell'altrui azione, e quindi l'effetto fisico di questa determinazione costitutiva del reato ha come prima sua causa efficiente la causa determinante secondo il noto principio scolastico « *causa causantis est causa causati* ».

Da qui venne che gli scrittori chiamarono *autore fisico* il soggetto determinato che pone in essere l'atto fisico costitutivo del reato, e chiamarono *autore morale* il soggetto che determina colui che pone in essere l'atto fisico. Questa distinzione è però inesatta, perchè il soggetto determinato è un uomo intelligente e volente, e quindi liberamente volle quello che fece; e perciò non è soltanto un autore fisico, ma è ancora un autore morale. Dall'altro canto la persona che lo ha determinato non è soltanto un autore morale, perchè l'effetto della determinazione da lui operata è un effetto fisico. Laonde senza distinzione alcuna gli antichi criminalisti distinsero gli *auctores* dai « *motores criminis* » mettendo tra gli autori i mandanti e tutti gli altri che il Casse chiama autori psicologici (*De auctoribus delictorum psycologicis*).

Anche il Codice penale toscano considerava come autore del reato il *mandante,* e così pure lo considerano il Codice penale olandese ed il Codice penale austriaco. Parve però ad alcuno, come ad esempio al Carrara, che *autore del reato* non potesse chiamarsi se non colui che pone in essere l'atto fisico. Egli crede, che l'autore dell'atto fisico, che consuma la violazione della legge, sia veramente l'*autore;* e che colui che lo ha determinato a delinquere non sia l'autore del reato. « *L'autore psicologico,* dice il Carrara, è l'autore di un'idea e non di un fatto, e solo quando il soggetto che fu spinto all'azione criminosa era una persona incosciente, l'autore dell'idea può dirsi anche autore del fatto ». (*Opuscoli,* vol. I, pag. 122).

Anche il Renazzi ed il Cremani chiamarono *auctores* soltanto i creatori dell'atto fisico, considerando tutti gli altri come *motores* (Renazzi: *Elementa juris criminalis,* lib. I, cap. 9. Cremani: *De jure criminali,* lib. I, parte I, capo 2, § 17-22). Il Mancini nel suo Progetto di Codice penale serbò la parola *autori* soltanto agli esecutori immediati dell'atto che costituisce il reato, chiamando complici tutti gli altri. Questo Progetto parla nella rubrica del cap. II, lib. I del *Concorso di più persone in uno stesso reato, ossia degli autori e dei complici,* e negli art. 72 e 73 dà la definizione degli *autori* e dei *complici:* Art. 72: *Sono autori del reato gli esecutori immediati dell'atto che lo costituisce.* Art. 73. *Sono complici del reato: 1.° Coloro che per mezzo di mandato, di ricompense, di promesse, di minaccie, di abuso di autorità o di potere, o di artifizî colpevoli hanno determinato altri a commetterlo; 2.° Coloro che hanno istigato o scientemente dato istruzioni o direzione per farlo commettere o si sono anteriormente concertati cogli autori o complici del reato sull'assistenza o aiuto da prestarsi per assicurarne il frutto o per eludere le investigazioni della autorità.* Io non credo, a dir vero, che la parola *autore* debba essere soltanto serbata a colui che pone in essere l'atto fisico costitutivo del reato, e che colui che lo ha determinato a porre in essere questo fatto, non sia, come dice il Carrara, che l'autore di un'idea. Quando l'idea è per giunta una volizione, la quale si tramuta in un'azione, non si tratta più d'avere posta in campo un'idea; ma si tratta di avere posta in essere un'azione. Sarebbe curioso il dire che non sia l'autore di una vittoria il Generale che fece il piano, il quale venne poi eseguito dai suoi colonnelli e dai suoi soldati, e che i veri vincitori fossero codesti colonnelli e codesti soldati. L'anima di tutti questi esecutori era informata dall'idea e dal disegno del Generale, ed i loro movimenti, ubbidendo alla loro anima, non ubbidivano in sostanza che all'idea ed al disegno del Generale. Altro che essere

l'autore di un'idea! Senza questa idea la battaglia si sarebbe perduta; e così senza l'idea di colui che determinò altri a commettere un reato, il reato non sarebbe avvenuto. Nè si dica, come dice il Carrara, che l'autore dell'idea criminosa potrebbe dirsi soltanto autore del reato quando la persona da lui determinata a commetterlo fosse stato un essere incosciente, come un pazzo o un fanciullo, — come se la non responsabilità della persona determinata o spinta a commettere un reato possa togliere la circostanza, che il determinante non compie il fatto con le proprie mani, ma con le mani di un altro. L'irresponsabilità non toglie, che il fatto sia da altri commesso materialmente; nè importa, che quando si tratta di persona responsabile, cioè libera di agire, questa non sia un cieco strumento nelle mani del determinante, giacchè è opera del determinante se il soggetto libero determinato abbraccia il proposito criminoso.

Egli è doppiamento reo, per avere cioè non solo posto in essere un reato, ma per avere corrotto la volontà e l'anima di un uomo, e creato un colpevole. Chi spinge ad uccidere un pazzo od un ubbriaco uccide un uomo solo, chi dà un mandato per uccidere uccide nello stesso tempo due persone, cioè da un lato il proprio nemico e dall'altro il mandatario che va incontro alla pena dell'ergastolo. Del resto in Diritto romano erano detti *auctores caedis* tanto gli esecutori, come coloro che li avevano determinati a commettere l' omicidio (L. 7. Cod. *de his quibus ut indignis*). Era detto autore il padrone che avesse spinto i servi alla sedizione. *Item is cuius familia, sciente eo, adipiscendae recuperandae possessionis causa, arma sumpserit, item qui auctor seditionis fuerit* (Fr. 3, § 4, D. *ad leg. Corn. de sic.*). E così pure si parla dell'autore a proposito di colui che spinge il proprio servo a delinquere: *Aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere* (Fr. 3 D. *de nox. action.*). Il nostro Nicola Nicolini ebbe poi a precisare in modo mirabile la distinzione tra *autore* e *complice* dicendo: *Autori, coautori* sono tutti coloro che contribuiscono in una maniera principale e diretta all'esistenza del reato: quelli cioè che in certo modo lo creano; sia che l'eseguiscano essi stessi, sia che lo facciano eseguire: in modo però che il reato non sarebbe avvenuto senza la mano e la voce di ciascuno di essi. Quando si dà questa definizione non rimangono per essa compresi sotto la voce *complici* che quelli i quali alle azioni dei primi fanno facilitazioni secondarie, impulsi ulteriori, accidentali cooperazioni, tali però che gli elementi costituitivi del reato sarebbero esistiti sempre, indipendentemente da queste spinte, e da queste agevolazioni (*Proc. pen.* V. III, n. XXXII).

Ma, lasciando da parte queste quistioni, io credo che il nostro Codice abbia fatto bene nell'avere adottato la rubrica del progetto Mancini nella sua prima parte; cioè *concorso di più persone nello stesso reato*, lasciando la seconda parte; cioè: *ossia degli autori e dei complici*. È stata così evitata la quistione intorno ai nomi giuridici che costituiscono quel linguaggio tecnico, dal quale per sistema rifugge il nostro Codice penale.

È inoltre notevole, che ad eliminare la casuistica delle varie forme, con le quali alcuno può essere determinato a commettere un reato, l'art. 64 del nostro Codice parla in genere di colui, che ha determinato altri a commettere un reato, lasciando che caso per caso si decida, se nel fatto l'esecutore fu da altri determinato ad agire. Il Mancini distinse nel suo Progetto diverse figure di determinazione; 1. il mandato, 2. la ricompensa, 3. la promessa, 4. la minaccia, 5. l'abuso di potere o di autorità, 6. l'artifizio colpevole. Queste forme erano pure distinte dall'art. 74 del Codice penale napoletano e dall'art. 49 del Codice penale toscano. È chiaro però, che vi possono essere altre cause determinanti, come la società; cioè quando un reato sia stato deliberato da una setta ed eseguito da uno dei soci preso a sorte. Fece bene quindi il nostro Codice a parlare in genere di colui, che ha determinato altri a commettere un reato senza specificare le varie maniere di determinazione. Potendo tuttavia sorgere speciali quistioni secondo la varietà delle forme determinanti, è necessario esaminare partitamente le varie figure di determinazione.

CAPO VII.

Del mandato.

La prima figura è senza dubbio quella del *mandato*, il quale secondo il Codice civile viene definito una commissione od un incarico dato ed accettato. Il *mandato* viene eseguito per conto di altri e non per conto proprio, in modo che il *mandatario* rappresenta la persona del *mandante*, e le obbligazioni che egli contrae sono obbligazioni del *mandante*. Ciò ha luogo anche in materia penale; ma con la differenza che le obbligazioni del mandante contratte per opera del mandatario non liberano quest'ultimo dallo stesso peso, ed egli è obbligato egualmente che il mandante tanto in linea civile, che in linea penale. Il mandato differisce dalla figura dell'*ordine* e del

comando, nel senso che esso è tra eguali, ed ha la forma di un contratto, costituito dal *consensus in idem placitum.* Il contratto senza dubbio non è valido agli effetti civili, per la causa turpe che lo anima; ma non è meno vero che questo accordo fra due scellerati viene stipulato come se fosse un contratto civile. Non è necessario, che ad avere il mandato questo sia gratuito; giacchè anche la mercede secondo l'art. 1737 del Codice civile può essere stipulata nel mandato; nè perciò il mandato diventa un contratto di locazione di opera, perchè colui che loca l'opera propria non agisce *procuratorio nomine;* sebbene la sua opera vada in benefizio del conduttore dell'opera. Non è peraltro necessario ad avere il *mandato,* che il mandante abbia dato ad altri l'incarico di commettere un reato, non volendo eseguirlo da se medesimo per viltà o per ragione di propria sicurezza. Tale fu la definizione che diede del *mandato* il Mancini nella sua Relazione al 1.° libro del Progetto del Codice penale (pag. 192). Egli disse: « vi è mandato quando taluno col malvagio proposito di violare la legge si astiene per viltà o per ragioni di propria sicurezza dall'eseguire egli medesimo il reato e ne dà l'incarico ad altri che per mercede ricevuta o promessa o per fare servizio al mandante, lo accetta ».

Non è necessario perchè ci sia il mandato, che alcuno si astenga dal commettere un reato per viltà o per sicurezza; giacchè può darsi il caso che si tratti ad esempio di uccidere una persona, la quale si trovi in viaggio od in lontano paese, e torni più comodo affidare l'incarico dell'uccisione a persona che gli stia da presso, e che non possa dare sospetti. Aggiungasi, senza ricorrere alla viltà od alla sicurezza personale, che un mandato può essere dato da persona inferma o impotente per malattia a muoversi, o da un essere debole come da una donna, la quale se più di ogni altro è acconcia ad eseguire i venefizi, non ha sempre la forza muscolare sufficiente per commettere ad esempio un omicidio, pur avendone il coraggio. Io credo che non debbasi nella definizione del *mandato* accennare ai motivi per i quali il mandato viene dato e che possono essere varî secondo le circostanze. Basta dire, che il mandato penale è la commissione data ed accettata di eseguire un reato per conto di un altro. Essendo perciò il *mandato* una specie di contratto è necessario che il mandante esprima la sua volontà al mandatario. Non è però, per l'opposto, necessario che il mandatario manifesti la sua accettazione al mandante; giacchè se il mandatario esegue il mandato, il fatto dell'averlo eseguito tiene luogo di accettazione. Quanto al modo di esprimere il *mandato* basta qualunque forma di manifestazione

della volontà di dare una commissione od un incarico. Quindi ora serve la parola ed ora lo scritto, ora una forma diretta ed ora una forma indiretta, ora la forma di una preghiera, ed ora quella di un rimprovero, per non aver fatto quello, che altri avrebbe dovuto fare. Il *mandato* però non si può mai presumere; nè perchè l'autore di un reato abbia creduto di fare cosa grata ad altra persona, si può ammettere, che l'autore del reato abbia agito per mandato, per quanto effettivamente il reato commesso sia riuscito di gradimento e soddisfazione alla persona della quale si tratta.

Il reato non si può mai presumere, nè si può ammettere una *negotiorum gestio*, nella quale alcuno assume di trattare un negozio per altrui conto interpretandone la volontà.

Il mandato può essere revocato, ed in tal caso se il mandatario esegue il mandato, lo fa per conto proprio e non per conto di altri, dal momento che manca la volontà del mandante. Questa revoca però vuol esser seria, perchè vi possono essere delle revoche fatte ad arte e per procurarsi una impunità, ovvero fatte con espressioni che mostrino un interesse per la persona del mandatario e per non esporla a pericoli. La revoca vuole essere seria ed allora soltanto si può dire *extinctum enim est mandatum finita voluntate* (Fr. 12, § 16, D. *mandati*).

Per l'opposto si potrebbe dare il caso, che il mandatario avesse esplicitamente ricusato di eseguire il mandato facendo di ciò consapevole il mandante; ma poi, mutato consiglio, e senza che questi ne sapesse nulla, avesse compiuta l'azione delittuosa.

Il Deciano dice, che in questo caso deve presumersi, che l'esecutore abbia agito per conto proprio e non in esecuzione del mandato: *Item excusabitur mandans si mandatarius facto mandato recusaverit, neque acceptaverit; nam si postea occidat non tenebitur mandans, nam ex quo non acceptavit, non praesumetur mutata voluntas, sed potius ex alia causa id fecisse* (*Tract. crim.*, lib. IX, cap. 36, n. 24). Io non credo, che in questo caso si debba escludere per presunzione la responsabilità del mandante; ma credo, che si debba ammettere la sua responsabilità fino alla prova contraria, che il mandatario abbia agito per conto proprio. Potrebbe infatti darsi il caso, che il mandatario abbia ricusato di eseguire il mandato per certe difficoltà della impresa, che poi vennero meno. Non può pretendersi certo, che il mandatario avvisi il mandante, che le difficoltà le quali si opponevano all'esecuzione del reato e quindi all'accettazione dell'incarico, sono scomparse, nè si può pretendere che il mandante stia lì pronto nel momento dell'esecuzione a confermare ed a ribadire l'incarico. Dato l'incarico, il mandante è responsabile dell'esecuzione del man-

lato, e come a lui non giova l'avere mutato volontà prima che il mandato fosse eseguito, così non gli può giovare che il mandatario abbia con le parole ricusato di accettare il mandato quando poi col fatto ebbe a mandarlo ad effetto. Ben altrimenti avverrebbe se il mandante in tempo utile avesse revocato il mandato. Dicesi in *tempo utile* perchè la mutata volontà del mandante deve essere fatta palese al mandatario prima che questi abbia intrapresa l'esecuzione del reato; giacchè se il mandante si pentì di avere dato il mandato, ma del suo pentimento il mandatario non venne a cognizione che dopo l'esecuzione del reato, a nulla giova che questo pentimento sia avvenuto prima dell'esecuzione. Il mandante compie il reato in esecuzione dell'incarico ricevuto, ed il pentimento non poteva avere alcuna efficacia sull'esecuzione, perchè non conosciuto dall'esecutore. Il mandante, come dice il Renazzi, cessa di essere *causa delinquendi* soltanto quando la revoca del mandato sia stata conosciuta dal mandatario prima della perpetrazione del reato: *Quod si, revocato mandato, nihilominus illud mandatarius impleverit, poterit ne sequutum crimen mandatori imputari? Certe statim ac mandator tempore habili revocavit mandatum, eo ipso desiit esse mandatario caussa delinquendi* (Renazzi, *Elem. jur. crim.,* lib. I, cap. IX, § 3).

Si è fatta la questione se la revoca del mandato debba essere espressa, e possa valere come revoca anche quella che poteva presumersi come tale dal mandatario; così, ad esempio, nel caso che il mandante si fosse riconciliato col suo nemico, ed il mandatario ne fosse venuto a cognizione.

Questo fatto però non vale, perchè nessuno impediva al mandante di far sapere al mandatario il suo mutato proposito, nè poteva questi argomentare della mutata volontà per le dimostrazioni di amicizia fatte dal mandante al mandatario, essendo risaputo che spesso codeste amichevoli manifestazioni servono come mezzo per meglio mandare ad effetto un proposito di vendetta, ed impedire che la giustizia possa raggiungere poi a suo tempo il colpevole. Si è pur fatta la questione della revoca presunta, non più per effetto di un vincolo di amicizia stretto tra il mandante e la sua vittima dopochè il primo aveva dato il mandato, ma ancora nel caso che dopo il mandato, il mandante sia diventato nemico del mandatario o viceversa. Certo nulla vieta che il mandante anche diventato nemico del mandatario perseveri nella volontà omicida contro un altro suo nemico; giacchè una inimicizia non esclude l'altra, nè potrebbe ammettersi che egli più non desideri l'esecuzione del suo mandato per parte del mandatario da lui prescelto, per la paura che questi lo denuncî, giacchè il

mandatario non potrebbe ciò fare senza denunciare se stesso. Si potrebbe piuttosto osservare non essere presumibile, che il mandatario diventato nemico del mandante voglia esporsi a gravi pericoli per rendere un servigio ad un suo nemico. Il Deciano tuttavia crede, che anche nel caso di una sopravvenuta inimicizia debba presumersi che il fatto sia stato eseguito in esecuzione del mandato, se non risulti di una causa propria del mandatario: *Revocatum etiam dicitur mandatum, si capitales intercessissent inimicitiae inter mandantem et mandatarium post mandatum; puto ego tamen quod si non praecesserit notificatio, et prohibitio quod non exequatur mandatarius, si fuerit executus, tenebitur mandans, nisi constaret quod mandatarius ex alia causa superveniente occiderit, quia stante inimicitia suborta, bene tunc praesumeretur non ex causa mandati occidisse, sed ex alia: sed si non appareret de nova causa, tunc puto, quod praesumeretur ex causa mandati fecisse et forte ut rediret in gratiam mandantis* (Deciano, l. cit. n. 35). Infatti io sono di questa opinione, giacchè la rottura degli amichevoli rapporti tra il mandante ed il mandatario può essere ragione per credere che questi non abbia eseguito il mandato quando si tratta di un servigio che il mandatario voglia rendere al mandante. Nel caso però che l'esecuzione del mandato non sia stata promessa per un atto di favore o di amicizia, ma fu stipulata per una mercede od in retribuzione di un favore già ricevuto, nulla vieta che la rottura dei rapporti di amicizia spinga anzi il mandatario a saldare col mandante il conto della gratitudine o a chiedere a lui la pattuita mercede, e ciò senza dire che tal fiata, come avverte il Deciano, il mandatario potrebbe servirsi dell'esecuzione del mandato per ritornare nell'amicizia e nelle grazie del mandante. Quando c'è la prova di un mandato dato ed accettato ed avvi l'esecuzione di questo mandato, tocca al mandante il dimostrare che il reato non fu l'esecuzione dell'incarico da lui dato e che il mandatario agì esclusivamente per conto proprio.

Il mandato dato ed accettato non costituisce tentativo del reato, perchè per il tentativo è necessario un principio di esecuzione; e quando il mandato è stato dato ed anche accettato avvi l'accordo delle volontà, ma l'esecuzione non è cominciata ancora. Tuttavia nel capoverso dell'art. 99 del Codice penale sardo del 1859 era scritto: *nel caso in cui il mandatario non avesse proceduto ad alcun principio di esecuzione, il mandante sarà tuttavia punito come reo di reato tentato.* Questo però si chiama punire i pensieri e le volizioni come se fossero atti esecutivi, e ben a ragione il nostro Codice non ha creduto di riprodurre questa disposizione. Con più di ragione non si

potrebbe punire un mandato che, quantunque proposto, non fosse stato accettato, perchè qui c'è meno del contratto, non essendoci che una sola volontà, quella del mandante. Il Codice penale toscano punì questo fatto come istigazione a delinquere. Io però non credo che il fatto debba andare punito, perchè la circostanza che l'istigazione non venne accolta toglie al fatto la potenza di nuocere. Si può parlare d'*istigazione a delinquere,* quando questa sia fatta in pubblico, perchè in tal caso c'è il pericolo prossimo, che la mala semente della parola provocatrice possa attecchire in qualche animo disposto a riceverla e spingerlo al reato; ma quando non si tratta che di una sola persona, alla quale sia stata fatta sotto forma di incarico la proposta di commettere un reato, e questa sia stata respinta, non c'è più che la malvagia volontà di colui che volle dare il mandato; ed è risaputo, secondo il proverbio italiano, che *il pensiero non paga gabella: Sola cogitatio furti faciendi non facit furem* (Fr. 1, § 1, D. *De furtis*). La nuova scuola penale combatte però questa dottrina, ed il Garofalo osserva, che la questione del *mandato* non eseguito dovrebbe essere risoluta coi principî del *tentativo,* secondo i quali l'esecutore di un reato è punito come colpevole di *tentativo,* quando una circostanza indipendente dalla volontà dell'agente abbia impedita la consumazione del reato. Egli dice: « Supponete dei paesi disgraziati, nei quali esiste ancora il mestiere del sicario, e che uno di loro sia stato ingaggiato e ben pagato, e che l'operazione non abbia alcun pericolo, in questo caso il mandante avrebbe fatto tutto ciò che era in lui di fare, e che non gli potrebbe giovare il fatto, che il mandatario non abbia pensato di dare esecuzione al mandato. L'azione o l'omissione di un terzo non può rendere innocente o colpevole una persona, ed è strano, egli dice, che gl'idealisti del Dritto penale lo materializzino in modo, che l'azione di un uomo possa essere tutto o nulla secondochè piace ad un altro » (*Criminologia,* Cap. IV). A quanto pare il Garofalo dimentica, che non si può parlare di operazione incominciata fino a tanto che esiste solo la volontà di cominciarla e di mandarla a compimento. Ora il fatto non incomincia, nè con la volontà del mandante, nè con la volontà del mandatario; ma con l'operazione fisica, che questi deve intraprendere e portare a fine. È vero che il mandante coll'aver dato l'incarico ha fatto tutto ciò che per parte sua poteva fare; ma quello che ha fatto non è un fatto, nè il principio del fatto fisico costitutivo del reato, e quindi all'incarico dato ed accettato non si possono applicare le stesse regole che valgono per il tentativo, il quale è punibile perchè è l'esecuzione incompiuta di un fatto. Nè si

dica essere contrario alla morale, che si faccia dipendere dall'opera di un uomo la reità o meno di un altro uomo, e che il destino del mandante sia posto nelle mani del mandatario. Non è già che il pentimento del mandante, o la non esecuzione del mandato, renda morale ed onesto il fatto del mandante, il quale risponderà del suo malvagio volere davanti il tribunale della coscienza; ma il tribunale degli uomini non può confondersi col tribunale di Dio, e se il malvagio proposito non è stato estrinsecato in un fatto fisico lesivo dell'altrui diritto, non ci può essere materia di incriminazione. Il mandante potrà magari dolersi, che il suo mandato non venne eseguito e rimproverare il mandatario; ma ciò non varrà mai a mettere nella stessa bilancia le volizioni e le operazioni, trattando i pensieri ed i desiderî come se fossero *fatti* [1]).

CAPO VIII.

Eccesso nel mandato.

Altre quistioni relative al mandato sono quelle che si fanno intorno all'eccesso nell'esecuzione del mandato, e se il mandante sia tenuto a rispondere del detto eccesso, come ad esempio nel caso in cui un mandante avesse dato incarico di bastonare un suo nemico, ed il mandatario lo avesse ucciso. Egli è chiaro, che se il mandante ha preveduto che dall'esecuzione del suo incarico sarebbe nata una collutazione, nella quale sarebbe stato facile prevedere che il mandatario avrebbe ucciso il nemico del mandante, il mandante risponderà dell'eccesso nell'esecuzione del mandato, perchè anche l'eccesso fu da lui preveduto e voluto. Se però l'eccesso era soltanto prevedibile, ma non fu preveduto, ovvero se non era possibile il prevederlo, non parmi che nel primo caso il mandante debba essere tenuto dell'eccesso come di un fatto doloso, e nel secondo caso debba essere tenuto dell'eccesso come di un fatto colposo. Suppongasi ad esempio, che Tizio abbia ricevuto il mandato di dare uno schiaffo ad una determinata persona, e che altri poi a difesa o vendetta dello schiaffeggiato avesse inseguito il mandatario, che alla sua volta avesse ucciso colui che lo inseguiva. È chiaro, che in questo caso

---

[1]) Nello stesso senso del GAROFALO v. anche in questo stesso volume CIVOLI. *Il tentativo*, a pag. 277 e seguenti.

più che di eccesso nella esecuzione del mandato si tratterebbe di un episodio dell'esecuzione del mandato, e tale sarebbe ugualmente la uccisione di un agente della forza pubblica, che abbia voluto arrestare il mandatario. Non si possono mettere a carico del mandante tutti questi episodî, che egli non avrebbe potuto prevedere. Solo egli potrebbe rispondere dei fatti prevedibili. Ma non già come di fatti dolosi; bensì soltanto e secondo i casi come di fatti preterintenzionali o colposi, giacchè il fatto preterintenzionale innestato ad un fatto intenzionale non è previsto dalla legge che nel caso dell'art. 368 del Codice penale; cioè quando alcuno con atti diretti a commettere una lesione personale abbia commesso un omicidio. Nei casi nei quali la legge non prevede tassativamente come reato il fatto preterintenzionale, bisogna ammetterlo come fatto colposo nell'ipotesi, che la legge come tale lo ammetta; e ciò in base all'art. 45 del Codice penale così concepito: *nessuno può essere punito per un delitto se non abbia voluto il fatto che lo costituisce, tranne che la legge lo ponga altrimenti a suo carico come conseguenza della sua azione od omissione.* Se però il fatto non poteva essere preveduto non parmi che il mandante sia tenuto a risponderne. Il Roberti adotta l'opinione contraria, osservando che « se si riflette che l'ignoranza quantunque invincibile, resta tuttavia volontaria nella sua origine e se si considera che vi ha sempre colpa presunta per le conseguenze anche impossibili a prevedersi di un atto illecito principalmente quando è volontariamente intrapreso, ben presto il dubbio svanirà senza punto stentarsi a comprendere che anche in morale gli eccessi del mandatario nella esecuzione del mandato pur superiori a qualunque umano e possibile prevedimento, non possono non essere al mandante imputabili. Si discuterà in vero se siffatta imputabilità debba corrispondere a quella dovuta per l'azione dolosa, o se invece a quella dovuta per l'azione colposa, se debba essere cioè per un grado maggiore, o minore; ma non potrà certamente contrastarsi, che la conseguenza non voluta, ed impossibile a prevedersi sia in un modo qualunque imputabile all'agente, perchè vi avrà dato causa con un atto illecito » (*Diritto penale,* vol. II, pag. 506). Io non comprendo perchè il versare in materia illecita possa rendere imputabile un fatto, che non solo non fu preveduto; ma che nemmeno era prevedibile. Il versare in materia illecita non distrugge il principio, che nessuno può essere responsabile di fatti imprevedibili; nè si può dire, che tratterebbesi di ignoranza volontaria, perchè in questo caso si tratterebbe di fatti, che non furono preveduti, non già perchè l'agente non li volle prevedere, ma perchè non li potè prevedere.

Io non distinguo tra conseguenze imprevedibili di fatti illeciti e conseguenze imprevedibili di fatti punibili, giacchè quantunque ci sia il nesso storico o fisico tra la conseguenza punibile e la causa illecita, non è peraltro meno vero, che non essendosi potuta prevedere la conseguenza, che poteva derivare dal fatto illecito o dal fatto punibile, sarebbe contrario ad ogni principio di imputabilità attribuire all'autore del fatto le conseguenze imprevedibili. Non so quindi comprendere, come anche il Carmignani abbia in certo qual modo suffragato questa dottrina ammettendo anche in grado minimo la colpa del mandante nel caso, nel quale il mandatario avesse ecceduto i limiti del mandato in un modo, che il mandante non avrebbe potuto prevedere (*Elem jur. crim.*, lib. I, n. 219-222). Se ad esempio il mandante diede l'incarico di bastonare una persona ed il mandatario pensò anche di bruciarle la casa, come può mai essere il mandante tenuto anche dell'incendio, che non ha preveduto nè poteva prevedere nel dare l'incarico? È un bel dire, che chi si avvale dell'opera di un uomo malvagio deve comprendere, che quest'uomo può essere facilmente inclinato a commettere degli eccessi. In primo luogo non tutti i mandati si danno a persone, che non rifuggono da qualunque delitto. Il mandato di schiaffeggiare ad esempio non è necessario, che si dia a persona, la quale abbia commesso parecchi omicidi; in secondo luogo quando pure il mandatario fosse stato scelto tra persone capaci di commettere qualunque delitto, non c'è ragione per estendere la responsabilità di questa scelta, limitata alla perpetrazione di un determinato delitto a tutti i delitti, che in quella occasione il mandatario potesse commettere. Così, ad esempio, è stato dato un mandato per ferire o percuotere, ed il mandatario in quella occasione pensa anche di rubare od incendiare la casa abitata dalla famiglia del percosso.

Nessun dubbio che la ragione del mandato cessa quando il mandatario agisce per conto proprio e non per conto altrui, come nel caso in cui egli pensi a derubare la persona, che aveva soltanto l'incarico di percuotere. Ciò fu detto da Labeone, il quale osservò, che quando il mandatario agisce per proprio conto non tratta l'altrui negozio: *Sed si quis negotia mea gessit non mea contemplatione; sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro non meo comodo studet* (Fr. 6, § 3, *de negotiis gestis*). Si potrebbe dire, che l'incendio della casa abitata dalla famiglia del nemico del mandante, avesse il mandatario commesso non per interesse proprio, ma per meglio soddisfare la vendetta del mandatario

e nel di lui interesse. Il principio dell'*interesse* potrebbe giovare nella ragion civile per distinguere l'azione del mandatario per conto proprio dall'azione del mandatario per conto del mandante. *Mandati actio tunc competit cum coepit interesse ejus qui mandavit: Caeterum si nihil interest cessat mandati actio, et eatenus competit quatenus interest* (Fr. 8, § 6, D. *Mandati vel contra*). Questa regola non può valere nelle materie penali. L'interesse del mandante non deve essere interpretato dal mandatario per obbligare penalmente il mandante, e quindi non vale, che il mandatario per volere rendere più completa ed allegra la vendetta del mandante, avesse pensato di uccidere, anzichè percuotere il di lui nemico, ovvero distruggere col fuoco anche la sua casa e farvi perire fra le fiamme tutta la sua famiglia. Se il mandante non aveva altro interesse, che quello di dare una correzione manuale ad un suo nemico, mancava qualunque ragione per estendere questo incarico alla distruzione di quel nemico e di tutta la sua famiglia. Il mandante non può essere tenuto di una volontà, che non ebbe mai, neppur quando alcuno abbia creduto di interpretarla come tale. Se si ammettesse questo principio, si dovrebbe ammettere la presunzione del mandato, ed alcuno sarebbe tenuto di tutto quello, che altri ha fatto sol perchè questi, commettendo il reato, credette di fargli cosa grata, ed agire per suo conto e nel suo interesse.

CAPO IX.

Diverse specie di mandato.

Il mandato altro è diretto ed altro è indiretto, altro singolare, ed altro plurale. Il mandato è *singolare,* quando una è la persona del mandante ed una quella del mandatario. Il mandato è *plurale,* quando una è la persona del mandante e più sono i mandatarî, ovvero più i mandanti ed un solo il mandatario. Il mandato è *diretto,* quando il mandante comunica direttamente col mandatario e gli dà direttamente l'incarico. Il mandato è *indiretto,* quando il mandante per nascondere se stesso, sceglie una persona, la quale sia incaricata di trovare il mandatario e di dargli la commissione o l'incarico. Nessun dubbio, che quando più sono i mandatarî ed un solo il mandante, ciascuno dei mandatarî è tenuto, come se fosse stato solo ad eseguire il mandato. Nè importa, che nell'esecuzione del mandato, i diversi mandatarî si siano distribuite le parti, ed alcuni abbiano disimpegnato le parti principali ed altri le parti accessorie, perchè tutti

i mandatarî avrebbero agito in questo modo di comune accordo ed in esecuzione del mandato. In questo caso si applica la regola stabilita dal *Digesto: Si plures servi simul aliquem caeciderint, aut convicium alicui fecerint, singulorum proprium est maleficium et tanto major injuria quanto a pluribus admissa est: immo etiam tot injuriae sunt quot et personae injuriam facientium* (Fr. 34 D. *de injuriis*). Nel caso poi di un mandato *indiretto* l'individuo incaricato di trovare un mandatario e che a questo affida l'incarico, non è il vero mandante; ma è la persona destinata a coprire e nascondere la persona del vero mandante. Egli non è che un *nuncius,* e quindi è un concorrente nel reato; ma non già un mandante. Tale fu l'opinione abbracciata dal Roberti, il quale si propose questa questione e disse: « Quando poi il mandante, per far giugnere l'iniqua commissione al « suo mandatario, si sia servito dell'altrui opera, il messo od inter- « nuncio, che nella scienza del reato sia concorso con l'opera pro- « pria a nascondere l'incarico, non può non essere anche complice « nel reato eseguito dal mandatario. Le leggi del regno prevedevano « specialmente la complicità di questi agenti intermedî, allorchè sta- « bilivano le pene degli assassinî. Ma se le nostre leggi non con- « tengono una consimile particolare disposizione, non si deve al « certo dedurne che questa specie di complicità vada impunita. Essa « si comprende tra le specie di concorso fisico che dinoteremo nel- « l'art. 2, perchè con esso si agevola l'autor principale in un fatto « che prepara l'azione criminosa, ai termini del n. 4 dell'art. 74 delle « indicate leggi, come allora faremo rilevare » (*Corso di Dritto penale,* vol. II, p. 305).

Un'altra figura di mandato *indiretto* sarebbe quella del mandatario che non avendo tempo nè modo di eseguire l'incarico ricevuto, lo affida ad altri per la relativa esecuzione. Nessun dubbio che l'esecutore commette il reato in esecuzione di un mandato, e che questo mandato è proprio del primo mandante, il quale non può essere scagionato per il fatto che l'esecutore ebbe il mandato da un terzo e non da lui, perchè il mandato dato dal terzo è sempre il mandato del primo mandante. Dall'altro canto non può essere nemmeno scagionato il primo mandatario, che divenne alla sua volta mandante, giacchè fu per suo mezzo che l'esecutore venne investito del mandato, ed il mandato trovò la via per essere eseguito. Si potrebbe dubitare se il primo mandatario debba essere punito come mandante o come concorrente nell'esecuzione del mandato. A me pare che egli non sia un vero mandante, perchè il mandato non è eseguito per conto suo ed egli non è l'autore del mandato. Egli non

è che un mandatario il quale ha sostituito a se stesso un altro; e che perciò col trasmettere ad altri il mandato non è veramente nè un mandante nè un mandatario; ma un semplice organo di trasmissione del mandato. La quistione però non può avere conseguenze penali, giacchè il concorrente anche quando sia secondario è punito alla pari dell'esecutore e di colui che determina l'esecutore, ogni qualvolta il concorso sia necessario. Non si comprende pertanto come Giulio Claro abbia creduto, che non ci sia ragione di punire il primo mandante quando il mandatario da lui scelto non eseguì il reato, e divenne alla sua volta un mandante che diede l'incarico a persona di sua fiducia (Claro, *Prax. crim.*, lib. V, § *fin.*, *quaest.* 89).

Non è quistione di fiducia; ma è quistione di sapere se la causa morale dell'esecuzione del mandato si debba riporre nel primo mandatario che si trasformò in mandante, ovvero nel primo mandante, od in tutti e due. Evidentemente la causa morale è nel primo mandante; ma alla sua volta il secondo fu il mezzo per il quale il mandato pervenne al suo esecutore; quindi è il caso di applicare la regola del *Digesto: Si uterque dolo malo fecerint ambo tenebuntur, nam si plures fecerint vel mandaverint omnes tenebuntur* (Fr. 7, § 5, D. *de jurisdictione*). Anche in materia civile il giureconsulto Paolo, configurando il caso di un mandatario che aveva dato ad altri il mandato di fare una nuova opera, dice che è tenuto non soltanto il secondo mandante, ma ancora il primo: *Si ego tibi mandavero opus novum facere, tu alii, non potest videri meo jussu factum: teneberis ergo tu et ille; an et ego tenear videamus? Et magis est et me qui initium ei praestiterim teneri* (Fr. 6 D. *quod vi aut clam*). Certo trattandosi di materia civile il giureconsulto Paolo doveva dichiarare, che se uno dei due mandanti soddisfaceva l'obbligo, veniva liberato l'altro mandante; ma questo principio non è applicabile alla materia penale, nella quale ciascuno dei concorrenti necessarî nel reato è tenuto del solido, e la pena e la responsabilità dell'uno non libera l'altro.

CAPO X.

Della pena del mandato.

Quanto alla pena fu lungamente discusso se il mandante debba essere punito alla pari del mandatario quando non concorrano speciali circostanze che possano attenuare il dolo del mandante di fronte al mandatario o viceversa. Fu detto, che il mandante si deve pu-

nire più severamente del mandatario considerando il mandante come la causa prima del malefizio, e tale è l'opinione del Renazzi (*Elem. juris criminalis*, lib. I, capo IX), del Farinaccio (*Practica crim.*, Quest. 136, n. 6). Altri scrittori invece, come il Carmignani (*Teoria delle leggi della sicur. soc.*, lib. II, capo XVIII), ritennero, che il mandante debba punirsi meno del mandatario, perchè il mandante volle il reato mentre il mandatario lo volle e l'eseguì. La dottrina prevalente è però che il mandante debba punirsi alla pari del mandatario, perchè sono entrambi la causa efficiente del malefizio. La volontà dell'esecutore non può staccarsi dalla volontà del mandante, perchè senza la volontà del mandante non sarebbe sorta la volontà del mandatario.

Dall'altro lato la volontà del mandante non può essere isolata dalla esecuzione, perchè l'esecutore, mandando ad effetto la volontà propria, manda in sostanza ad effetto la volontà altrui, in modo che si può dire che se l'esecutore ha posto in essere l'atto fisico costitutivo del delitto, il mandante ha creato l'esecutore, cioè il delinquente; e quindi non c'è ragione perchè abbia una pena inferiore a quella serbata per il mandatario. Ormai la parificazione è adottata da tutti gli scrittori e da tutti i codici, come del resto era adottata in diritto romano: *Hoc vero edicto tenetur et qui tollit quamvis non corruperit item et qui suis manibus facit et qui alii mandat. Sed et si alius sine dolo malo fecit, alius dolo malo mandavit, tenebitur; nam et si plures fecerint vel corruperint, vel mandaverint, omnes tenebuntur* (Fr. 7, § 5, D. *de jurisdict.*). Questa uguaglianza di pena che era dettata per la remozione o corruzione dell'Albo Pretorio, è pure dettata in materia di percosse, e non soltanto si puniva colui che aveva dato la percossa, ma ancora colui che lo aveva spinto a percuotere: *Non solum is injuriarum tenetur qui fecit injuriam, hoc est qui percussit verum ille quoque continetur qui dolo fecit, vel qui curavit ut cui mala pugno percuteretur* (Fr. 11 pr. D. *de injuriis*). Proculo infatti credeva, che un'ingiuria, fatta da un mandatario in esecuzione di un mandato ricevuto, dovesse considerarsi come l'opera del mandante, e quindi si potesse agire con l'uno e con l'altro: *Si mandato meo facta sit alicui injuria plerique aiunt, tam me quam eum qui suscepit injuriarium teneri. Proculus recte ait si in hoc te conduxerim ut injuriam facias cum utroque nostrum injuriarum agi posse, quia mea opera facta sit injuria* (Fr. citato, § 3, 4). Così pure in materia di diffamazione e di tumulto, la diffamazione o il tumulto era considerata come l'opera di colui che aveva spinto gli altri a diffamare o a tumultuare: *Fecisse convicium non tantum is videtur qui vociferatus est, verum is quoque*

qui concitavit ad vociferationem alios, vel qui summisit ut vociferentur (Tit. citato, fr. 15, § 8). Così pure colui che avesse radunati degli uomini e li avesse armati per fare rapina, era punito come se egli stesso avesse fatto la rapina: *Dolo autem malo facere potest non tantum is qui rapit sed et qui praecedente consilio ad hoc ipsum homines colligit armatos, ut damnum det bonaque rapiat. Sive igitur ipse quis cogat homines, sive ab alio coactis, utitur ad rapiendum dolo malo facere videtur* (Fr. 22 D. *de vi bon. rapt.*). Molti altri testi si possono citare per dimostrare, che secondo il Diritto romano, il mandante veniva punito egualmente che il mandatario. Così è detto nella legge Cornelia: *Nihil interest occidat quis an causam mortis praebeat* (Fr. 15 pr. D. *ad leg. Corn. de sicar.*). Così pure Paolo nelle sue sentenze dice: *Mandatores caedis perinde ut homicidae puniuntur* (Sent. lib. V, tit. XXIII, § 5). Per contro il Beccaria sostiene, che il mandante debba essere punito meno del mandatario, e ciò per la ragione politica di rendere disuguale il rischio fra i concorrenti in un reato, e quindi più difficile fra essi la concordia e più facile la disunione. Il Beccaria dice: « Quando più uomini si uniscono in un rischio, « quanto egli sarà più grande, tanto più cercheranno che sia eguale « per tutti; sarà dunque più difficile trovare chi si contenti di es« serne l'esecutore, correndo un rischio maggiore degli altri complici. « La sola eccezione sarebbe nel caso che all'esecutore fosse fissato « un premio; avendo egli allora un compenso per il maggior rischio, « la pena dovrebbe essere eguale. Tali riflessioni sembreranno troppo « metafisiche a chi non rifletterà essere utilissimo, che le leggi pro« curino meno motivi di accordo che sia possibile tra i compagni « di un delitto » (*Dei delitti e delle pene*, XIV). Questo argomento però non è serio, perchè volendo realizzare lo scopo di impedire l'accordo fra i concorrenti in un reato, non si dovrebbero mai punire costoro allo stesso modo, anche quando si tratti di coautori o cooperatori immediati nell'azione. Non si comprende poi in che modo il dare al mandante e al mandatario la stessa pena possa favorire il loro accordo, e possa invece favorirne la disunione una pena disuguale. Quando pure il mandante fosse punito meno del mandatario, non per questo il mandante avrà a temere del tradimento del mandatario, o il mandatario del tradimento del mandante, perchè ognuno di essi, tradendo l'altro, tradirebbe se stesso. Una teoria intermedia venne abbracciata dal Giuliani, il quale sostenne la parità della pena del mandante e del mandatario quando si tratta di mandato prezzolato, e la diversità della pena quando si tratta di mandato gratuito. Per ciò che riguarda il *mandato prezzolato* l'ugua-

glianza di pena era secondo questo scrittore giustificata dall'eguaglianza della spinta criminosa, poichè « se nel locatore dell'opera « *ad scelus* è maggiore l'audacia, nel conduttore di essa è maggiore « la speranza dell'impunità, e questi due estremi si bilanciano. Il « desiderio poi del frutto del delitto, se è veramente nel mandatario « per la sete dell'oro, non lo è meno nel mandante per il diretto « interesse che lo anima a far compiere il delitto » (*Dr. crim.*, tom. I, pag. 177). Per ciò che riguarda il *mandato gratuito* lo stesso scrittore osserva, che una legge, la quale punisca più il mandatario che il mandante, oltrechè presenta il carattere di politica giustizia, sarà ottima per prevenire l'esecuzione dei delitti per altrui mezzo; imperocchè se il mandatario gratuito avrà un motivo tutto suo proprio per eseguire il delitto, la maggior pena a lui serbata servirà a comprimere la di lui spinta criminosa ed a rattenerlo dal delinquere; e se non l'avrà, aborrirà dall'idea di esporsi ad un maggior rischio di colui in grazia del quale ei delinque (l. cit., pag. 176). Io non ho nulla da osservare per ciò che riguarda la parificazione della pena nel caso del *mandato prezzolato*, quantunque a me sembri più grave la figura dello scellerato, che vende l'opera propria nel commettere un delitto, come se si trattasse del salario, che prende l'agricoltore nel lavorare la terra. Dall'altro canto tuttavia si può dire, che colui il quale gli dà la mercede per commettere un delitto, è pur egli un contraente nel contratto della locazione della scellerata opera, e per giunta qualche volta abusa dei bisogni impellenti e della fame di un mandatario. Quello che però non si può accettare è l'argomento relativo alla disuguaglianza di pena nel *mandato gratuito*, giacchè in primo luogo questo mandato dicesi gratuito, perchè non viene data una mercede al mandatario come nel mandato prezzolato; ma è chiaro, che anche colui che presta l'opera propria nell'eseguire un malefizio senza avere una mercede, lo fa sempre per un utile proprio, cioè per soddisfare un'obbligazione di gratitudine contratta col mandante, ovvero per assicurarsene l'amicizia e la protezione, che nell'avvenire gli potrebbe essere utile. Questo motivo per altro non è sufficiente a far aggravare la pena del mandatario, come se il mandante non avesse alcun motivo nel dare il mandato. Nè si può dire che la spinta criminosa del mandatario sia più grave della spinta criminosa del mandante, perchè è invece il mandante colui che ha un interesse proprio nella esecuzione del reato, mentre l'interesse del mandatario non è reale, ma personale; cioè deriva dai rapporti, che egli ha con la persona del mandante. Quanto poi all'altro argomento messo in campo dal Giuliani, che cioè se il mandatario gratuito non ha un

motivo proprio a delinquere, la pena maggiore a lui minacciata servirebbe a farlo desistere da un reato che dovrebbe commettere per altrui conto, è facile osservare come questo argomento non persuade. Perchè infatti dargli una pena maggiore per farlo desistere, non avendo un interesse proprio nel reato, quando basta una pena minore per far desistere colui che ha un interesse proprio nel reato? Parmi adunque, che il sistema della parificazione nella pena tra il mandante ed il mandatarío non abbia validi argomenti in contrario, e deve perciò essere lodato il nostro Codice per averlo adottato.

CAPO XI.

Minorante di pena pel mandante.

Avvi peraltro una circostanza prevista dallo stesso art. 63 nel capoverso; cioè che quando l'esecutore di un reato, il quale sia stato determinato da altri a commetterlo, lo abbia anche commesso per motivi proprî, il determinante si punisce con una pena minore di quella minacciata alla persona determinata. La ragione di questa differenza sta in ciò, che in questo caso l'esecutore non è stato determinato a commettere il reato, esclusivamente per opera altrui; ma anche per motivi proprî alla sua persona.

Quindi è che la causa impulsiva del malefizio non è tutta di colui che determinò l'esecutore al malefizio; e forse in questo caso il mandato non fu che il granello di arena, il quale fece traboccare la bilancia. Questa disposizione del nostro Codice è stata tolta dal Codice penale toscano, il quale nell'art. 50 diceva: *che se l'istigato ha commesso il delitto anche per motivi proprî, non eccitati dall'istigatore, la pena di questo può discendere sino a quella di un ausiliatore.* Il Codice penale delle due Sicilie, il Codice penale per gli Stati Estensi e quello per il Ducato di Parma, nonchè il Codice penale sardo del 1859 non facevano alcuna eccezione alla parità di pena tra il mandante ed il mandatario. Fu solamente nel Progetto del Codice penale italiano del 1868, che venne introdotta la cennata eccezione, la quale fu poi accolta dall' art. 64 § 2 del Progetto del 1870, e dall'art. 77 del Progetto Vigliani; ma questa eccezione venne soppressa dalla Commissione del Senato che esaminava il Progetto Vigliani. Il primo Progetto Zanardelli riprodusse però la detta eccezione; ma la diminuzione di pena per il mandante non era obbliga-

toria come nel testo del vigente Codice; essa era facoltativa, giacchè l'art. 72 di quel Progetto diceva nell'ultimo suo inciso: « *e se l'esecutore del reato lo ha commesso anche per motivi proprî, la pena può essere diminuita di un grado* ». La quistione non è senza gravi difficoltà, giacchè quando alcuno non agisce interamente in seguito alla spinta che gli dà il mandato, ma agisce per un motivo proprio, non può veramente dirsi che egli sia un semplice mandatario, e quindi il mandante non può avere la pena, che merita colui, che è stato la causa efficiente della esecuzione del reato. Ben diceva il Mancini nella sua Relazione, giustificando questa diminuzione di pena nel mandante: « Se accade, che l'esecutore abbia commesso il reato « anche per motivi proprî, vuol giustizia, che al complice si con- « ceda una diminuzione di pena; poichè non può più dirsi allora « che egli sia stato il primo ed unico motore del maleficio, quando « nell'animo di chi infrange materialmente la legge coesisteva una « causa a delinquere. Forse senza l'impulso del complice il reato « non sarebbe stato commesso: forse questo impulso fu quello che rese « ferma una volontà tutt'ora irresoluta; ma certo è che quello impulso « non fu la causa unica e prima dell'azione delittuosa; e che due furono « le forze le quali determinarono il colpevole a commetterla » (*Relazione*, pag. 200-201). Da queste ragioni discende in primo luogo, che la diminuzione di pena per il mandante non può essere facoltativa, ma deve essere obbligatoria; e sorge inoltre, che non è il caso di limitare la discesa nella pena ad un sesto, come se si trattasse di semplici circostanze attenuanti. Migliore sistema era quello stabilito dal Codice penale toscano, secondo il quale nel caso in cui il mandatario avesse commesso il reato anche per motivi proprî, la pena del mandante poteva discendere a quella di un ausiliatore. Come qui si vede, era molta la latitudine lasciata al giudice nell'applicare la pena al mandante, quando il mandatario avesse commesso il reato anche per motivi proprî; e ciò per tener conto delle varie circostanze, nelle quali si potrebbe trovare il mandatario, determinato anche per motivi proprî. Suppongasi infatti, che il mandante abbia scelto per mandatario una persona, che avesse avuto una vecchia nimistà con l'uomo condannato alla strage, in modo che il mandatario accetti il mandato con pieno gradimento e piena soddisfazione. C'è qui un motivo proprio a delinquere; ma questo motivo non è di tal forza come quello di una grave offesa ricevuta da poco, e che, conosciuta dal mandante, gli abbia consigliato la scelta del mandatario nella persona offesa.

Potrebbe da ultimo darsi il caso di una persona offesa, la quale, sapendo che altri vuol dare un mandato contro l'offensore, sia

andata ad offrire i suoi servizi per riceverlo, e così prendere, come suol dirsi, due colombi ad una fava, vendicare cioè la ricevuta offesa e vendicare quella fatta al mandante, pigliando nello stesso tempo il prezzo del sangue da lui convenuto. Evidentemente questo terzo caso di mandato non può confondersi nè con il primo, nè con il secondo; e sarebbe una ingiustizia punire in questo terzo caso il mandante con la sola differenza della diminuzione di un sesto della pena del mandatario. Mi sembra quindi preferibile anche a paragone del nostro Codice la latitudine di pena, lasciata al giudice dal Codice penale toscano. Senonchè questo Codice per la diminuzione di pena richiede una circostanza che non è richiesta dal Codice penale italiano. L'articolo 50 richiede per la diminuzione di pena non solo che l'istigato abbia commesso il delitto per motivi proprî, ma anche che questi motivi non siano stati *eccitati dall'istigatore.* Nessun dubbio che tanto per il Codice penale toscano come per il Codice penale italiano si debbono intendere per *motivi proprî* i motivi, che sono estranei al mandato ricevuto. Nessuno agisce senza motivi e quindi il mandante non potrebbe pretendere la diminuzione di pena con l'allegare, che il mandatario agì anche per motivi proprî, sol perchè il mandatario eseguì il mandato per fare cosa grata al mandante ed acquistarne l'amicizia, ovvero per guadagnare una somma da lui promessa. Se così fosse, la diminuzione di pena, per il mandante, dovrebbe darsi in ogni caso di mandato, trovandosi sempre in ogni mandato un motivo proprio del mandatario nell'accettarlo. Questo non è il senso delle parole *motivi proprî:* deve trattarsi di motivi estranei alla convenzione stipulata col mandante, e tale ad esempio sarebbe l'inimicizia che il mandatario avesse con la vittima, od anche la considerazione di qualche utile che il mandatario potrebbe cavare dal reato. Secondo il nostro Codice non è necessario che i *motivi proprî* del mandatario, nel senso da me sopra indicato, siano nati nell'animo del mandatario senza che il mandante ne sappia nulla, ovvero che siano stati dal medesimo eccitati o suscitati; quindi se un mandante per persuadere un mandatario ad accettare il mandato gli avesse fatto conoscere una offesa, che al mandatario avesse in tempo prossimo o remoto arrecato la vittima designata, o gli avesse rinfocolato l'ira di una antica inimicizia, nulla tuttociò importerebbe, secondo il Codice penale italiano, perchè i motivi non cesserebbero di essere motivi proprî del mandatario, quantunque le fiamme già da gran tempo sepolte sotto la cenere le avesse suscitato il mandante nel cuore del mandatario. Questo non è secondo il Codice penale toscano, il quale richiede per la diminuzione di pena, che i motivi proprî dell'istigato

non siano stati eccitati dall'istigatore. La ragione è chiara, perchè in tal caso la forza morale propria del mandatario per commettere il reato viene posta in essere dal mandante, e questi non potrebbe giovarsi della propria malvagia opera nel persuadere il mandatario ad accettare il mandato, per ottenere una diminuzione di pena. Questa minorante di pena per motivi proprî di un esecutore, che altri ha determinato a commettere il reato, non è esclusiva al solo mandato; ma si estende a tutte le altre figure di determinazione. Non è quindi il caso di ripetere le cose già dette a proposito del mandato nelle successive figure di determinazione.

CAPO XII.

Dell'ordine.

La seconda figura di determinazione a commettere un reato è l'*ordine* o *comando,* il quale suppone un rapporto da superiore ad inferiore. L'*ordine* è una circostanza dirimente la imputabilità ogni qualvolta il medesimo produca un costringimento in colui che deve ubbidire. L'art. 49 del nostro Codice dice: *Non è punibile colui che ha commesso il fatto: 1.° per disposizione della legge, o per ordine, che era obbligato ad eseguire, dell'autorità competente.* Il capoverso dello stesso articolo dice poi: *Nel caso preveduto nel numero 1.° se il fatto commesso in esecuzione dell'ordine di un pubblico ufficiale costituisca reato, la pena stabilita per il medesimo è applicata al pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.* Non avvi alcun dubbio, che l'ordinatore meriti tutta la pena del reato commesso, perchè il suo subordinato fu determinato dal suo comando ad agire, e determinato con un motivo che costituiva coazione psicologica; cioè la minaccia del castigo che cade sopra coloro i quali si ribellano ai loro superiori. Il Codice nell'art. 49 non parla che degli *ordini,* i quali emanino da un pubblico ufficiale; ma l'autorità non è solo costituita da coloro che sono investiti di poteri pubblici. C'è un'*autorità domestica,* come quella che ha il padre sui figli, il marito sulla moglie, il padrone sui servi. C'è un'*autorità scolastica,* come quella che ha il maestro sui discepoli o apprendisti. C'è un'*autorità religiosa,* come quella che ha un ministro di un culto sopra i credenti. Ognuna di queste autorità ha il diritto di dare degli ordini, ed ogni ordine è implicitamente accompagnato da certe pene o rigori che possono

essere esercitati contro coloro che disubbidiscono. Il non avere il Codice parlato nell'art. 49, che solo dell'ordine proveniente dall'Autorità costituita dallo Stato e dai Poteri da esso dipendenti, non significa già che non possano essere cause determinanti gli ordini che emanino da altre autorità; nè importa che quando gli ordini vengono da queste autorità, non possa anche essere scriminato colui, che ha ubbidito all'ordine. È quistione di vedere se ci fu coazione psicologica; e ciò è necessario ricercare anche quando l'ordine parta da un'Autorità pubblica; giacchè per l'art. 49 non basta che il subordinato abbia ubbidito all' ordine per essere liberato da colpa e da pena, ma è necessario che sia stato costretto ad agire dall'ordine, e che l' ordine venga da un' Autorità competente a dare quest'ordine, ed alla quale egli doveva ubbidienza. Un domestico, ad esempio, può essere costretto ad ubbidire al proprio padrone per la minaccia di essere cacciato di casa; la moglie e i figli possono essere costretti ad ubbidire al padre per la paura della disciplina domestica; lo scolaro e l'apprendista per quella della disciplina scolastica, o dell'opificio; il credente per le pene religiose minacciate ai trasgressori degli ordini dei superiori ecclesiastici. Quando la coazione psicologica proveniente da queste minacce, implicite o esplicite, sia tale da produrre la mancanza di libertà nel subordinato, è chiaro che anche in questi casi, sebbene il Codice non lo dica espressamente, il subordinato è esente da pena per non avere voluto il fatto che costituisce reato, mentre l'ordinatore ne sarebbe considerato come autore diretto. Nel Diritto romano era detto, che quando coloro i quali ubbidivano fossero servi o sottoposti, non erano incolpati se si fosse trattato di fatti, i quali non avevano in se stessi una grande gravità: *Ad ea quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris ignoscitur servis si vel dominis, vel his qui vice dominorum sunt, veluti tutoribus vel curatoribus obtemperaverint* (Fr. 157 D. *de reg. juris*). Ciò importava, che non sempre i subordinati erano liberati dalla pena ubbidendo agli ordini dei loro superiori, sebbene si credesse che colui, il quale ubbidiva a questi ordini non avesse agito con libertà: *Velle non creditur qui obsequitur imperio patris vel domini* (Fr. 4 D. *de reg. juris*). Quindi anche il servo ed il figlio erano tenuti del reato commesso se trattavasi di un fatto atroce, nel quale era evidente l'iniquità dell'atto; nè poteva giovare il timore riverenziale o servile del figlio o del servo, perchè la *patria potestas* e la *dominica potestas* non erano senza limiti. Questi principî dovrebbero valere anche al dì d'oggi, e con maggiore ragione, perchè la potestà del padre e del marito è contenuta nei più stretti limiti, e quella del padrone sui domestici non riproduce i

rapporti dell'antica servitù; ma è un semplice contratto di locazione d'opera e di volontaria subordinazione, che può sciogliersi quando si vuole per volontà di uno dei contraenti. Per la stessa ragione oggi che viene predicata la libertà dei culti e della professione religiosa, e ciascuno viene educato al rispetto delle altrui opinioni religiose o politiche, non si potrebbero ammettere gli atti selvaggi, che a danno dei così detti miscredenti furono consumati dai fanatici proseliti della Croce o della Mezzaluna, al comando di un ministro che si diceva parlasse in nome di Dio, e che incitava le turbe dei suoi credenti allo sterminio degli infedeli. Sarà del resto quistione di vedere caso per caso se nel subordinato ricorre quella forza di costringimento che toglie la libertà, e quindi toglie la responsabilità. Non si può quindi stabilire nemmeno come regola una diminuzione di pena per il subordinato, che abbia eseguito un ordine costituente reato, come parve opportuno stabilire in Diritto romano a proposito della *violenza pubblica* e del reato di *violato sepolcro,* prescrivendo che i servi che avevano commesso questi reati per comando dei loro padroni, fossero nel primo caso puniti con la pena *ad metalla,* invece della pena di morte, e nel secondo caso con la *relegazione* invece che con la condanna *ad metalla* (Leg. VIII pr. Cod. *Ad legem Iuliam de vi publica;* e leg. II Cod. *De sepulcro violato*). Se non si può ammettere che l'ubbidienza sia sottoposta ad una discussione ed una critica preliminare, che il subordinato debba fare dell'ordine che gli viene dato, prima di eseguirlo, perchè con questo sistema non sarebbe più possibile alcun rapporto gerarchico di subordinazione, nemmeno dall'altro canto si può ammettere l'ubbidienza cieca, in modo che l'inferiore diventi nelle mani del superiore come un bruto, o come uno strumento materiale, che il superiore può muovere a suo capriccio e volontà. L'ubbidienza prima che piegare il corpo deve piegare la volontà, e prima della volontà deve piegare la ragione. L'uomo ubbidisce in quanto è uomo, e non in quanto è materia, e perciò l'ubbidienza deve essere ragionevole. Di qui è che dovendosi prima che ubbidire all'uomo, ubbidire alla legge, non può essere scriminato colui che per ubbidire all'uomo, disubbidisce alla legge. Nessuno certo ammetterebbe che il soldato debba ubbidienza al suo capitano per ribellarsi contro il suo Generale, od ubbidienza al Generale per ribellarsi contro il Principe. Vanno adunque intesi nel giusto senso quei testi di Diritto romano, che predicavano la necessità dell'ubbidienza, come quello: *Qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere; quia parere necesse habuit;* e come l'altro: *Is damnum dat qui jubet damnum dare: eius vero nulla culpa est cui parere necesse sit* (Fr. 167 § 1 e 169 pr. D. *de*

reg. jur.). Questi testi accennano al caso della coazione; ma non dicono già, che ogni inferiore debba sempre obbedire, e che ogni ordine, qualunque esso sia, debba essere eseguito, anche quando arrechi il perturbamento o il disordine.

CAPO XIII.

Della società.

Una terza figura di concorso nel reato è la *società,* la quale non deve confondersi con l'*associazione a delinquere.* Nella *associazione a delinquere* più individui si uniscono insieme per commettere reati in genere, od alcuni reati in ispecie, come se si trattasse di una industria; così più individui si uniscono insieme e si danno alle strade ed alle campagne per commettere furti, ovvero si nascondono in un antro, come in un opificio, per fabbricare monete metalliche, o stampare biglietti di Stato. Questo sarebbe lo scopo di commettere reati in ispecie; ma ci potrebbe essere pure un'associazione a delinquere per commettere reati in genere, come quella di coloro che si fossero uniti per commettere reati contro le persone e le proprietà. La *societas* invece non ha il carattere d'una società per commettere reati, ma ricorre in certi casi al reato, come ad un mezzo per raggiungere uno dei suoi scopi, e sempre col fine di commettere un reato determinato. La complicità è anche una *societas,* perchè i partecipi in un reato sono soci; ma la *societas* è una forma speciale di complicità, la quale deriva da ciò, che più individui deliberano insieme di commettere un reato speciale, destinando a sorte quello fra i compagni, che lo deve eseguire. L'esecutore nella *societas* manda ad effetto una deliberazione sociale; ma egli non è un mandatario, perchè, facendo parte della società, la deliberazione che manda ad effetto è una deliberazione alla quale egli concorse col suo voto, e che da lui è stata adottata. Dico ciò, perchè le deliberazioni sociali sono prese a suffragi degli intervenuti nell'adunanza, ed il partito è preso con la maggioranza dei voti dei presenti; ma ciò non toglie che non siano responsabili del deliberato, e quindi della sua esecuzione, anche coloro che nell'adunanza ebbero a combattere la proposta e votarono contro della medesima, purchè essi abbiano aderito alla regola sociale, che fatto lo spoglio dei voti, la minoranza debba ubbidire alla maggioranza, e che la deliberazione si debba considerare come deliberato

della intera società e non di una parte dei soci. Quindi potrebbe succedere, che il socio sorteggiato per eseguire il deliberato sociale sia stato uno di coloro, che appartennero alla minoranza e votarono contro della proposta; ma non perciò egli, accettando di eseguire il deliberato sociale, diventerebbe un mandatario, perchè anche quando egli non avesse, come socio, approvata la proposta, e l'avesse anzi combattuta, questa non cessa di essere il deliberato della società, e quindi di tutti i soci, non appena la società ebbe ad esprimere la sua volontà collettiva abbracciando ed approvando il deliberato. La deliberazione sociale è la causa determinante della esecuzione, e quindi sono tenuti come autori morali del reato tutti coloro, che presero parte alla deliberazione, e concorsero a formare il partito sociale, anche quando fossero stati della minoranza. Dall'altro canto non può dirsi, che l'esecutore agisca anche per conto proprio, sol perchè egli fu favorevole alla proposta, e quindi nessuna minorante di pena spetta ai soci in confronto dell'esecutore. L'esecutore non esegue il reato anche per suo conto privato ed individuale; ma lo esegue come deliberato della società, alla quale egli appartiene. L'esecutore non ha un conto privato da liquidare con la vittima. Il suo conto è quello stesso della società. Ciò accadeva spesso in quelle società segrete, che deliberavano uccidere una determinata persona, ed ora accade nelle società dei così detti anarchici d'azione, i quali hanno riprodotto i tempi delle *vendite* dei Carbonari e dei Tribunali della *Santa Vehme,* che condannavano a morte questa o quell'altra persona, e toglievano poi col sorteggio il carnefice dalle loro stesse fila. In questi casi se una circostanza minorante la pena si potesse trovare, certo non sarebbe a vantaggio dei soci, che deliberarono la strage; ma si potrebbe trovare a vantaggio dell'esecutore, il quale fosse stato sorteggiato per eseguire il reato, e col voto non favorevole avesse osteggiata l'adozione del partito, ogni qualvolta l'esecuzione sua debba aver luogo sotto pena di morte.

Tale è lo statuto di questi circoli, i quali minacciano la morte a coloro, che non mandano ad effetto le deliberazioni sociali, quando dalla società ne abbiano avuto l'incarico. Laonde si sono visti degli individui, che pur di non commettere il reato, al quale erano stati prescelti dalla società, e sapendo quale sorte li attendeva nel caso che non l'avessero eseguito, hanno preferito di darsi la morte da loro stessi prima che aspettarla dalla società. Se queste minaccie non possono valere per togliere la responsabilità del maleficio, perchè di fronte alle minaccie di un circolo più o meno anarchico c'è pure una società, che tutela i cittadini dai

pugnali dei sicarî, non è peraltro meno vero che possono influire ad attenuare la responsabilità dell'esecutore di un deliberato sociale.

CAPO XIV.

Della minaccia, del dono, dell'artifizio.

Altre forme di determinazione a delinquere, sarebbero la *minaccia, la ricompensa, l'artifizio.* La minaccia come violenza morale è un costringimento per determinare alcuno a commettere un reato. La determinazione non essendo un atto libero, perchè prodotto dalla violenza morale, toglie la responsabilità dell'atto all'esecutore, ma l'addossa al minacciante, il quale, oltre ad essere colpevole del reato di minaccia, è pure colpevole del reato, che egli ha fatto commettere per mezzo della minaccia. Ad eliminare però la responsabilità del minacciato è necessario, che la minaccia sia costituita dalla incussione di un male grave ed imminente, come sarebbe il caso di chi col coltello in mano obbligasse alcuno a mettere l'altrui firma in una cambiale. Qui sarebbe imminente e grave il male minacciato, in modo che il coatto sarebbe posto nell'alternativa o della morte o del falso.

Se però si trattasse della minaccia di un male, che non fosse grave od imminente, in modo da lasciare aperta una via di scampo, o del ricorso alla pubblica autorità, la minaccia non varrebbe a scriminare l'esecutore, sebbene gli possa giovare come scusante od attenuante. Anche la legge penale minaccia colle sue pene coloro, che vogliono infrangere i suoi precetti, e queste minacce devono pure essere ascoltate di fronte alle minacce di un malvagio, che vuole spingere un altro a commettere un reato. Se alcuno ad esempio dicesse ad un domestico di rubare al padrone un dato oggetto da lui desiderato, sotto pena di bastonarlo quando lo incontrerà in luogo remoto nel caso che non gli consegni l'oggetto, è chiaro che questa minaccia non sarebbe sufficiente a liberare il domestico dall'accusa di famulato, perchè il male minacciato non era nè grave nè imminente, ed il servo avrebbe potuto invocare l'aiuto del suo padrone e della pubblica autorità.

Quanto alla forma di determinazione costituita dal dono o ricompensa, parrebbe che la medesima si possa confondere col mandato prezzolato, nel quale la ricompensa è rappresentata dal prezzo o

dalla rimunerazione, che il mandante promette o dà al mandatario. Sembra però, che ci possano essere casi di ricompensa senza che ci sia un vero e proprio mandato. Così se alcuno stabilisse un premio per meglio stimolare colui che avesse in animo d'uccidere un suo nemico senza per ciò dare al medesimo il mandato esplicito od implicito di ucciderlo, costui non avrebbe determinato l'esecutore per mezzo del mandato, che ha per base un contratto od una convenzione, ed alla quale si aggiunge il prezzo, come un articolo od un punto del contratto, ma lo determinerebbe in seguito alla promessa di un premio senza l'intervento di alcuna convenzione o patto. Il Puccioni, commentando l'art. 49 del Codice penale toscano, il quale contiene le diverse figure di determinazione, e tra queste annovera pure i doni e le promesse, dice che in sostanza questa figura confondesi con quella del mandato mercenario: « Infatti (egli dice) facilmente si scorge, che colui che « con doni o promesse impegna un terzo ad eseguire un delitto per « proprio conto, altro non è che un mandante, e colui che la com« missione accetta altro non è che un mandatario *prezzolato;* e noi « non sapremmo immaginare in qual modo i doni e le promesse si « potessero verificare indipendentemente dal mandato, non essendo « escogitabile che l'uomo che provoca altri a commettere il delitto « dando o promettendo ricompensa, possa farlo senza avere una « spinta, un interesse personale, nel delitto che da altri deve ese« guirsi » (*Comm. al Cod. pen.,* vol. I, pag. 97 e 98). Certamente colui che fa un dono od una promessa ad un malfattore, ha un interesse nel maleficio; ma non per ciò il maleficio si compie per conto di colui, che fa il dono o la promessa. Infatti se alcuno sappia, che altri ha l'intenzione di commettere un reato, ma trovasi dubbioso ed incerto, e lo sospinge al maleficio per mezzo di un dono od una promessa, non può dirsi, che colui, al quale si fa il dono o la promessa, abbia ricevuto un mandato, e molto meno può dirsi, che agisca anche per conto altrui, giacchè egli agisce interamente per una causa impulsiva sua propria, ed il dono o la promessa non fa che renderlo più sicuro nel mandare ad effetto la sua criminosa risoluzione.

Non è dunque strano se gli scrittori misero i doni e le promesse come causa di istigazione al maleficio, distinta dal mandato, e se così pur fece l'art. 49 del codice penale toscano. Non sempre il promettere un dono, o il darlo, è l'espressione di un mandato, potendo anche essere l'espressione di un gradimento o di un incoraggiamento. Si può discutere forse se questa forma di istigazione al maleficio debba considerarsi come una forma principale o accessoria, di con-

corso punibile; ma ciò deve dipendere dall'esame dei singoli fatti, potendo la promessa di un premio ora determinare, ed ora soltanto eccitare od agevolare la risoluzione criminosa. Ci sembra peraltro fuori disputa, che quando la promessa sia una vana lustra, allora si cadrebbe in un'altra forma di determinazione a delinquere, cioè l'inganno o l'artifizio. Che se peraltro la promessa fosse di un adempimento impossibile, e ciò fosse palese all'esecutore, il promittente non avrebbe potuto spiegare alcuna efficacia sull'esecutore, e quindi egli non avrebbe potuto concorrere nel reato.

La promessa deve riferirsi ad un fatto sulla cui verificazione può influire colui che promette, e non già essere una speranza suscitata nell'animo dell'esecutore, ed il cui adempimento non dipende dal promettente, come nel caso in cui una persona avesse detto ad un ladro, che il suo furto avrebbe migliorato la sua posizione. Ben disse una decisione della Corte di Cassazione di Francia in data del 29 gennaio 1807, relativa al caso indicato, che la promessa che si era fatta da un certo Griffon non era quella di cui si parla nella legge penale. « Quest'ultima è la promessa di un « fatto, o di qualche cosa di personale, da parte di colui che fa « la promessa, nel mentre che quella di Griffon non importava altra « cosa, se non se la presentazione d'un quadro all'occhio della « Vidalin, dei risultamenti vantaggiosi che avrebbe ritratti dal furto « medesimo ». Io credo che in questo caso non si potrebbe configurare alcuna partecipazione, essendo cosa inutile il dire ad un ladro quello che egli sa, cioè che avrà lucro dal furto. Per la stessa ragione non ci sarebbe *concorso punibile* in una promessa irrealizzabile. Ben disse il Puccioni che « quella promessa la quale a prima vista « presenti la impossibilità dell'adempimento per parte del promit- « tente, siccome non è, nè può essere in modo alcuno efficace, così « non sarebbe atta a stabilire in esso correità o complicità; il delitto « dovrebbe allora ritenersi come avvenuto per sola ed esclusiva vo- « lontà di colui che lo ha eseguito, il quale non poteva esservi in- « dotto da una promessa, che ben conosceva inattendibile, e che non « poteva in lui suscitare veruna speranza » (loc. cit.).

Un'altra forma di determinazione a delinquere è l'*artifizio,* il quale non è l'espressione di qualsiasi altro modo di determinazione non previsto dalla legge. Ciò parve al Mancini nel suo Progetto, il quale prese l'*artifizio* come un modo di esprimere altre maniere di determinazione non previste dal Codice. Egli disse: « Siccome nella « immensità dei casi possono essere benanche altre maniere per le « quali un tristo riesca a trasfondere in altri la risoluzione crimi-

« nosa, od a valersi del braccio altrui per violare la legge, così il « Progetto Senatorio, dopo le parole *o di potere*, aggiungeva la lo« cuzione generica, *o con altro modo*, acciocchè tutti i possibili casi « nella disposizione della legge si comprendessero.

« Però a questa locuzione, *o con altro modo*, troppo elastica e « pericolosa, è stata prudentemente sostituita l'altra, che meglio ri« sponde al concetto del legislatore ed alla figura del reato: *o per « mezzo di artifizi colpevoli*. Colla quale sostituzione si ferma meglio « il concetto, che i modi non contemplati espressamente dalla legge, « debbono avere la stessa natura, la stessa efficacia, e lo stesso ca« rattere di pravità di quelli specificati, ed essere tali che il com« plice possa veramente considerarsi l'autore *morale, psicologico, del « reato commesso da un altro* » (*Relazione*, pag. 193).

Io veramente non posso ammettere che la parola *artifizio* valga lo stesso che dire *in qualunque altro modo;* nè parmi necessario che alla parola *artifizio* si aggiunga la qualifica di *colpevole*. L'artifizio è un raggiro, una macchinazione, che non è costituita da semplici parole, ma dall'intreccio di certi fatti esterni disposti in modo da produrre nell'altrui animo una determinata persuasione, e suscitare l'impulso ad una determinata azione. Sarebbe un artifizio ad esempio il fare trovare dal marito una lettera diretta a sua moglie, colla quale un amico di casa le dà un convegno amoroso; mentre la lettera è falsa, e ciò allo scopo di spingere costui ad uccidere la moglie e l'amico di casa. Se per caso questa uccisione avesse avuto luogo, non si tratterebbe di un modo qualunque di determinare una persona a commettere un malefizio, ma di un modo tassativo e speciale, cioè quello di un inganno costituito da un artifizio. Nè parmi che sia necessario di aggiungere alla parola *artifizio* la qualifica di *colpevole*, giacchè va da sè che sia colpevole un artifizio, il quale abbia lo scopo di spingere alcuno a commettere un reato. Malgrado l'enumerazione di queste forme di determinazione se ne possono dare delle altre, come ad esempio quella dipendente da zelo mosso da un colpevole fine; così se una persona può con una falsa lettera di un preteso amante rivelare ad un marito una tresca della moglie che non esiste, potrebbe dall'altro canto fare questa rivelazione senza l'artifizio della lettera; ovvero fargli sapere una tresca che realmente esiste, e sempre con lo scopo di provocare una catastrofe, e spingere il marito ad atti di violenza contro la moglie e contro l'amico, vero o supposto che sia.

Ben fece adunque il Codice penale toscano, il quale dopo avere accennato ad alcune forme principali di istigazione a delinquere vi

aggiunse nell'art. 49 le parole *o in altro modo,* come fece pure il Ministro Vigliani nell'art. 76 del suo Progetto, senonchè vi volle aggiungere la parola *colpevole,* che per me sarebbe inutile. Il Codice penale italiano ha fatto bene a lasciare da parte qualunque enumerazione di forme determinanti al malefizio, dicendo in genere *alla stessa pena soggiace colui, che ha determinato altri a commettere il reato.*

CAPO XV.

Delle forme secondarie di concorso morale.
Del consiglio.

Oltre queste figure principali di concorso morale nel reato vi sono alcune figure secondarie di concorso morale che trovansi indicate nei n. 1 e 2 dell'art. 64 del Codice penale. Nel n. 1 si dice: *è punito ecc.: colui che è concorso nel reato con l'eccitare o rafforzare la risoluzione di commetterlo, o col promettere assistenza od aiuto da prestarsi dopo il reato.* Nel n. 2 si dice: *col dare istruzioni.* Queste forme di concorso morale nel Diritto romano vennero indicate col nome di *Consilium;* anzi il *Consilium* fu preso a denotare qualunque forma di concorso morale, per opposto alla forma del concorso fisico, e quindi si adoperò la frase *ope et consilio* per esprimere non soltanto il concorso fisico, ma ancora il concorso morale: *Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium, nec opem ferre sine dolo malo posse. Consilium autem dare videtur qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum: opem fert qui ministerium atque adiutorium ad subripiendas res praebet* (Fr. 50, §§ 2, 3, D. *de fur.*). In questo senso generico di concorso morale interpretò Labeone le parole di Pedio e disse: *Item dubitatum illa verba ope, consilio, quemadmodum accipienda sunt sententiae conjungentium, aut separantium, sed verius est quod Labeo ait separatim accipienda, quia aliud factum est ejus qui ope, aliud ejus qui consilio furtum facit: sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse nisi consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum erit* (Fr. 53, § 2, D. *de verb. signif.*). Questo doppio concetto del *consilium* si trova espresso in altro luogo, dove si dice: *Aut facta puniuntur ut furta, caedesque; aut dicta ut convicia, et infidae advocationes: aut scripta, ut falsa et famosi*

libelli; aut consilia ut conjurationes et latronum conscientia; quosque alios suadendo juvisse sceleris est instar (Fr. 16 D. *de poen.*).

Il vero *consilium* non è però il *consultum* o la *deliberazione*, ma la *consultazione* o la opinione che alcuno manifesta ad un altro, o la proposta d'agire che alcuno farebbe all'altro. Il *consiglio* non è l'idea di colui che agisce, ma è l'idea che alcuno suggerisce a colui, che deve agire, in modo però che questi sia libero di accettarla o respingerla.

Il *consiglio* influisce sulla determinazione in quanto provoca la medesima, se questa non è nata, ed in quanto la rafforza e la corrobora, se questa sia già nata. Per lo più prima di mandare ad effetto una deliberazione assai grave, la gente vuol conoscere l'altrui avviso. È stato detto dagli antichi, che il consiglio non è imputabile quando è *nudo,* cioè spoglio di qualsiasi esortazione od istruzione, e che allora soltanto il consiglio è punibile quando sia esortativo ed istruttivo, non potendosi ammettere, che un consiglio generico e spoglio di qualsiasi motivo, possa influire sulla volontà criminosa del delinquente, come chi dicesse ad uno che si accinge a rubare od a uccidere: fai bene a rubare, o fai bene a vendicarti. Sarebbe pure generico quel consiglio, che fosse fondato sopra motivi generici, come col dire che sono gl'imbecilli i quali cadono nelle mani della giustizia, e simili altre frasi, che non hanno un valore speciale e relativo al fatto, che si vuol commettere. « Colui, « dice il Roberti, che nel suggerire e nel consigliare un reato usasse « dei termini del tutto generali e svestiti di alcun motivo efficace; « o adoperasse dei segni e delle parole per modo bensì di un pas- « seggiero consiglio, ma senza dimostrare dei precisi e seducenti « stimoli, e senza comunicare alcuna speciale e necessaria istruzione « per agevolarne l'evento; oppure si servisse di termini oscuri, o di « dubbio senso, non eserciterebbe per lo più tanta forza nell'animo « altrui, che come valevole si ritenesse per determinarlo precisamente « al reato. Quindi sebbene la di lui intenzione potesse reputarsi in- « trinsecamente malvagia, siccome non si vedrebbe esternata con « quella efficacia estrinsecamente atta a produrre il suggerito, o con- « sigliato effetto criminoso, così rimarrebbe nella classe di quelle « iniquità che solo una condegna pena possono avere innanzi al « tribunale della coscienza » (*Corso di diritto penale,* vol. II, pagina 330). Il *consiglio* è una consultazione, nè ci può essere consultazione senza addurre i motivi, che spingano a fare accettare il consiglio, e perciò non ci può essere consiglio punibile senza essere persuasivo ed istruttivo od esortativo; laonde bene a ragione, come

fu disopra notato, Ulpiano non ammetteva consiglio punibile se non nel caso nel quale il consiglio avesse persuaso, eccitato od istruito: *Consilium autem dare videtur qui persuadet et impellit atque instruit consilio,* L. 50, § 3, D. *de furtis.* Così era tenuto di furto colui il quale aveva persuaso un servo a fuggire perchè fosse acquistato da altri: *Sed si alius ei* (al servo) *fugam persuaserit, ut ab alio surripiatur, furto tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio ejus furtum factum sit. Plus Pomponius scripsit, eum qui persuasit, quamvis interim furti non teneretur, tunc tamen incipere teneri, cum quis fugitivi fur esse coeperit, quasi videatur ope consilio ejus furtum factum* (Fr. 36 pr. D. *de furtis*).

Parve ad alcuno, che ci fosse un'antinomia tra questo ed altro testo nel quale è considerato come fatto punibile la sola lode data ad un servo che era disposto alla fuga: *Et verius est etiamsi malo* (servo) *monstravit in quem modum delinqueret, teneri eum: immo etsi erat servus omnimodo fugiturus, vel furtum facturus, hic vero laudator hujus propositi extitit, tenetur. Non enim oportet laudando augeri malitiam. Sive ergo bonum servum fecerit malum, sive malum fecerit deteriorem, corrupisse videtur* (Fr. 1 § 1 D. *de serv. corrut.*). Trattavasi però della corruzione dell'animo del servo, che era per i romani un reato speciale creato dalla necessità di tenere i servi ubbidienti ai loro padroni e di non stimolarli alla fuga.

Il nostro Codice ha creduto opportuno di evitare tutte queste questioni intorno al *consiglio,* e di considerare come concorso punibile il fatto di chi abbia eccitato o rafforzato la risoluzione di commettere il reato, ovvero di chi abbia promesso assistenza od aiuto da prestarsi dopo il reato, od abbia dato istruzione per eseguirlo. Così non c'è più da discutere sul consiglio, e resta solo una questione di fatto, sapere cioè se furono date istruzioni per eseguire il reato, ovvero fu eccitata o rafforzata la risoluzione di commettere il reato. Il *consiglio* può essere accompagnato dalle istruzioni ovvero essere implicitamente contenuto nelle medesime, ma non è necessario che l'istruttore sia pure un consigliere, potendo l'istruzione essere data da persona, che rimane estranea all'approvazione del proposito criminoso. Così si può ricevere istruzione da persona interrogata, e che pur conoscendo lo scopo della domanda, dia notizie intorno all'ora nella quale entra o esce di casa un uomo designato alla strage. Dall'altro canto possono le istruzioni accompagnare un consiglio ed essere anzi i modi persuasivi del medesimo, come chi dicesse ad un altro di andare a rubare essendo cosa facile il farlo, avendo il padrone dimenticato di chiudere l'uscio del magazzino. Ugualmente non

si richiede, che il consiglio assuma le forme d'una esortazione; ma per il concorso punibile basta soltanto il fatto, che alcuno abbia eccitato o rafforzato la risoluzione criminosa. Questo eccitamento può venire da un consiglio, come la risoluzione potrà essere rafforzata dal consiglio stesso. Non è però necessario, che ogni modo di eccitare e rafforzare l'altrui volontà criminosa sia il prodotto di un consiglio, potendo alcuno rafforzare l'altrui volontà anche col dare una notizia, come coll'assicurare che siano lontani dal luogo del reato gli agenti della forza pubblica, e potendo alcuno essere eccitato a commettere un reato, se gli si porga un giornale nel quale siano descritte le turpi azioni commesse dalla persona, alla quale si vuole indurlo a nuocere. Il Carmignani non ammise la responsabilità del *consiglio ortativo* se nello stesso tempo non fosse stato *speciale* ed *efficace* o come egli lo chiama *cooperativo* (*Elem. iur. crim.*, § 225). Certamente non può valere come concorso un *consiglio ortativo*, che sia inefficace; e quindi l'esortazione deve essere tale da produrre la persuasione o da rafforzarla; ma non è necessario, che questa persuasione sia costituita dal suggerimento di speciali motivi, che agiscano sulla volontà; potendo anche accadere, che la persuasione nasca dalla autorità della persona, che dà il consiglio, o che fa l'esortazione. Spesso l'autorità di un nome vale più dei motivi, che si adducono o si possono addurre, perchè si suppone, che la persona autorevole non dica o non approvi una cosa senza averne i motivi. La fiducia in quella persona diventa in questo caso l'argomento il più persuasivo. È il caso dell'*ipse dixit,* col quale gli scolastici, citando Aristotele, provavano le loro asserzioni. Certo nell'ordine logico l'*ipse dixit* sarebbe un modo assurdo di dimostrare le cose, perchè, come ben diceva Galileo, quanto vale una scintilla di ragione non valgono tutte le autorità del mondo. Nell'ordine pratico però l'autorità di un nome, e sopratutto in materie speciali, vale più di qualunque ragionamento, e sopratutto per coloro, che non possono ragionare. Quindi se un medico consigliasse ad una donna di abortire, se non vuol esporre a pericolo la sua salute, anche senza specificare come la maturazione del feto le potrebbe nuocere, non perciò si potrebbe ammettere che trattandosi di un nudo consiglio il medico non sia imputabile, quando da questo stesso nudo consiglio la donna fu persuasa all'aborto per provvedere alla propria salute.

CAPO XVI.

Della promessa d'aiuto e d'assistenza. Fatti posteriori.

Una forma speciale di concorso morale secondario è la promessa di assistenza od aiuto da prestarsi dopo il reato. Questa promessa ribadisce la volontà criminosa del colpevole, e serve talora anche a suscitarla od eccitarla, perchè molti si ritraggono dal commettere un reato al pensiero della pena, che li attende, o della miseria nella quale sarà gettata la loro famiglia. Quindi se alcuno dicesse: va pur franco, penserò io a dare i mezzi di sussistenza alla tua famiglia, ovvero ti provvederò di mezzi per favorire la tua fuga, queste promesse, sebbene riguardino il tempo posteriore al reato, tuttavia sono un vero concorso alla produzione del reato stesso, perchè hanno abbattuto l'ostacolo, che si parava innanzi alla mente.

Questi principî però varrebbero anche per il caso nel quale la promessa di assistenza od aiuto sia stata fatta non per il tempo posteriore al reato, ma per il tempo nel quale il reato si sarebbe commesso. Sebbene l'aiuto o l'assistenza durante il fatto non sia stata prestata, può però la promessa di questo aiuto od assistenza ribadire la volontà criminosa, come nel caso di colui che avesse promesso ad un ladro di far la vedetta, o ad un sicario di guardargli le spalle nel momento che egli sarebbe andato ad uccidere. Anche ammesso che la promessa non sia stata mantenuta, non è meno vero, che quella promessa d'assistenza o d'aiuto corroborò la volontà criminosa del ladro e dell'omicida. Potevasi quindi fare a meno di aggiungere alle parole *promettere assistenza od aiuto* adoperate dal nostro Codice le altre parole *da prestarsi dopo* il fatto; anzi potevasi addirittura sopprimere questa forma di concorso, perchè essa rientrava nella precedente, cioè nel rafforzare la risoluzione di commettere il reato.

Questa aggiunta non era in alcuno dei precedenti Progetti, e neppure nello stesso Progetto Zanardelli lasciato in corso di studio nel 1883. È anzi notevole che anche nell'ultimo Progetto del ministro Zanardelli si parlava della promessa di assistenza od aiuto da prestarsi *durante il reato;* frase altrettanto incompleta quanto quella

della promessa dell'assistenza o dell'aiuto da prestarsi *dopo il reato*, perchè la volontà criminosa viene rafforzata ugualmente, sia quando l'assistenza o l'aiuto debba prestarsi prima del fatto, sia quando debba prestarsi dopo del fatto.

I fatti posteriori al reato non possono dare luogo a concorso nel medesimo, anche quando siano stati promessi, perchè non è logicamente possibile un concorso, quando il fatto sia già avvenuto. Un concorso posteriore al fatto non può avere luogo, che per assicurare il profitto del reato, o per assicurare l'impunità del colpevole sottraendolo alla ricerca della giustizia: cose tutte che non sono elemento del reato commesso. Solo potrebbe aver luogo un concorso nel reato anche dopo il medesimo, quando si trattasse d'un reato permanente, come il ratto ed il sequestro di persona. Questi reati sono consumati e perfetti col primo loro atto, senza che la durata del medesimo li moltiplichi; e quindi si può avere un concorso anche quando il reato sia consumato; e colui che scientemente prestasse al rapitore i mezzi per condurre altrove dal luogo dove si trova la persona rapita, concorrerebbe nel reato di ratto, sebbene questo fosse già consumato[1]).

Altri fatti posteriori al reato, se non possono dar luogo al concorso nel medesimo, costituiscono reati per sè stanti; e tale è il caso del così detto *favoreggiamento*, il quale è considerato come un reato contro l'amministrazione della giustizia, in quanto aiuta taluno ad assicurare il profitto del reato, o ad eludere la investigazione della giustizia, ovvero a sottrarlo alle sue ricerche, od a sopprimere ed in qualsivoglia modo disperdere od alterare le tracce e gl'indizî d'un reato. Vuolsi però in questo reato, secondo l'art. 225, che il fatto avvenga *senza concerto anteriore al reato, e senza contribuire a portarlo a conseguenze ulteriori*. Resta perciò a sapere, se quando vi sia stato il concerto, i fatti sopraindicati diventino fatti di concorso, cioè non ci sia il reato di *favoreggiamento*, ma ci sia invece il concorso nel reato, al quale il favoreggiamento si riferisce.

[1]) Una analoga soluzione dovrebbe adottarsi rispetto al reato di diserzione in quanto che sebbene esso si perfezioni quando si verifica uno dei fatti specificati agli art. 137 e seguenti del Codice penale militare (art. 160 e seguenti del Codice penale militare marittimo), l'ulteriore prolungamento dell'assenza dal corpo pone in essere ulteriori atti consumativi del reato fino a che non sia cessato l'obbligo del servizio militare, come risulta dall'art. 67 dello stesso Codice (art. id. del Codice penale militare marittimo). Tuttavia nella nostra legislazione positiva si trova adottata una soluzione disforme, e l'art. 160 del Codice penale militare (art. 186 del Cod. pen. maritt.) assoggetta chi sottrae il disertore alle ricerche della giustizia, o ne favorisce la fuga, ad una pena assai minore di quella, che colpisce chi aiuta un militare a diventar disertore.

Dalla disposizione del Codice, già citata, appare che il *favoreggiamento* come reato contro l'amministrazione della giustizia, ha luogo soltanto quando non ci sia stato un concerto anteriore al delitto, o non si sia contribuito a portarlo a conseguenze ulteriori, giacchè queste due condizioni esclusive fanno parte della definizione del *favoreggiamento,* e quindi non ci sarebbe luogo ad un reato di *favoreggiamento,* qualora risultasse, che una persona avesse contribuito a portare il delitto a conseguenze ulteriori, come nel caso di un *reato permanente o continuo,* ovvero di un *reato continuato,* il quale ammette una partecipazione nei fatti, che prolungano la vita del delitto, e quindi un concorso nella sua perpetrazione.

Potrebbe ugualmente dirsi il medesimo, almeno in diritto razionale, di colui che abbia promesso o concertato in altro modo con l'esecutore di un maleflzio, di assicurarne il profitto, giacchè il guadagno o l'utile che si cava da un reato, che che ne dica in contrario il nostro Codice , non ha nulla che vedere colle ricerche dell'amministrazione della giustizia; e quindi colui che promettesse ad un ladro, prima del furto, di intromettersi nella vendita della roba rubata, o promettesse ad un falsario di spacciare i biglietti falsi da lui fabbricati, non commetterebbe un reato di *favoreggiamento,* come reato contro l'amministrazione della giustizia, ma non farebbe che aiutare il ladro ed il falsario nel compimento e nel fine della sua azione. Quando però il concerto, prima del reato, si estendesse ad eludere le investigazioni dell'autorità, o sopprimere, ovvero in qualsiasi modo disperdere od alterare le tracce o gl'indizi di un delitto, ovvero a sottrarre l'imputato o condannato alle ricerche dell'autorità, od alla esecuzione della condanna, non parmi che il precedente concerto elimini, come vuole il nostro Codice, il reato contro l'amministrazione della giustizia, per porre in essere soltanto un concorso nel reato in seguito alla promessa od al concerto. La promessa od il concerto influisce certamente a rafforzare la volontà criminosa, ed è costitutiva di concorso punibile per fatto morale; ma altra cosa è la promessa, altra è l'esecuzione della medesima con eludere le investigazioni della giustizia o col disperdere od alterare le tracce del reato, o col sottrarre l'imputato o condannato alle ricerche dell'Autorità, che deve eseguire un'ordinanza di cattura, od una sentenza di condanna. Questi fatti sono distinti dalla fatta promessa, ed hanno una speciale figura criminosa che non può essere confusa colla figura della *promessa.* Questi fatti posteriori alla *promessa* ledono un diritto diverso da quello leso dal reato, prima del quale era stata fatta la *promessa.* Aggiungasi, che se il compimento dei fatti che

formano l'oggetto della *promessa* si dovesse confondere colla medesima, e non dovesse essere incriminato che come un caso di partecipazione al reato, sarebbe punito ugualmente colui che fa la promessa e non la mantiene, o non ha potuto mantenerla, e colui che fa la promessa e poi la manda ad effetto.

La promessa non mantenuta non è una vana parola, giacchè essa esercita la sua influenza col rafforzare la volontà criminosa dell'esecutore; nè potrebbe questi al momento che gli vien fatta la promessa indovinare, se la medesima sarà o meno mantenuta. Io credo quindi che nel caso in esame vi siano due reati: l'uno costituito dalla promessa, la quale forma un concorso morale al reato, e l'altro costituito dall'adempimento di ciò che fu promesso, e che viene a ledere l'amministrazione della giustizia. I due reati si legano tra di loro come mezzo al fine, e dovrebbero essere puniti secondo la regola dell'art. 77 del Codice penale.

Ben altro concetto è stato quello del nostro Codice, il quale non ha veduto nella promessa e nel suo adempimento, che la sola figura del concorso punibile. Questa dottrina fu sostenuta dal Giuliani, il quale disse: « ma se avvenisse che la ricettazione, l'occultazione fosse stata promessa al principal delinquente prima ch'ei si accingesse all'atto criminoso, che dovremmo pensarne? Il facinoroso allora diviene più audace nella sua intrapresa, e quest'aumento di audacia gli viene appunto dalla promessa del ricettatore: allora l'atto di questo deve retrotrarsi al tempo della promessa; poichè fin d'allora quell'atto esercitò un'influenza criminosa sull'animo del reo principale: allora il ricettatore è un vero complice » (*Diritto crim.*, vol. I, pag. 203). Non si comprende in verità come la promessa di un'azione, la quale deve necessariamente avvenire dopo il fatto, che è preceduto dalla promessa, possa da questa venire retrotratta al tempo della promessa per non formare la detta azione che una cosa sola con la promessa. Queste sono gratuite asserzioni combattute dalla logica.

CAPO XVII.

Fatti posteriori al reato costituenti reato.

Oltre il favoreggiamento vi sono altri fatti posteriori al reato che con esso si collegano, senza costituire alcun concorso al medesimo. Tal è il fatto della ricettazione della cosa furtiva, od altri og-

getti, che provengono da un delitto. L'art. 421 del Cod. pen. dice: *Chiunque, fuori del caso preveduto dall'art. 225, acquista, riceve, o nasconde danaro, o cose provenienti da un delitto, o s'intromette in qualsiasi modo nel farle acquistare, ricevere, o nascondere, senz'essere concorso nel delitto medesimo, è punito con la reclusione sino a due anni, e con la multa da L. 100 a 3000.*

Come qui si vede, il reato di ricettazione sparisce, per dare luogo al reato di favoreggiamento, quando l'agente sia animato dal fine di frustrare le investigazioni della giustizia, non sapendosi trovare altra via, per la quale la ricettazione possa rientrare nel caso del favoreggiamento. La *ricettazione* inoltre non costituisce reato per sè stante, se non quando il ricettatore non abbia concorso nel delitto medesimo. Laonde non c'è *ricettazione* quando è lo stesso ladro, che nasconde la roba da lui rubata, o che nella ripartizione ne riceve la quota dal compagno, o nel comune interesse di coloro, che parteciparono al furto, s'intromette per fare acquistare da altri la roba rubata.

Secondo il Diritto romano i ricettatori delle cose furtive erano puniti come se fossero complici, in quanto assicuravano il profitto dell'azione criminosa. *Crimen non dissimile est rapere, et ei qui rapuit raptam rem scientem delictum servare* (L. 9 Cod. *ad leg. Iul. de vi publ.*). Anche in materia di peculato dicevasi: *His quoque nihilominus qui ministerium eis ad hoc adhibuerunt, vel qui subtractas ab his scientes susceperunt, eadem poena percellendis* (L. un. Cod. *de crim. pecul.*) In materia di furto i ricettatori della cosa furtiva erano tenuti colpevoli di furto non manifesto, e quindi puniti con la pena del doppio. *Quum manifestum sit, quod omnes qui scientes rem furtivam susceperunt et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt. Poena manifesti furti quadrupli est, tam ex servi persona, quam ex liberi; nec manifesti dupli* (*Inst.* L. IV, tit. I.). Altra cosa è però il dire, che il ricettatore della cosa furtiva possa avere la stessa pena serbata al ladro, altro è dire, che sia un concorrente nel furto, quando non abbia fatto alcuna promessa al ladro, od al peculatore, o truffatore, o frodatore che sia. Posto che ad integrare e consumare il furto, la truffa o la frode, non è necessario che il colpevole riesca a cogliere il frutto della malvagia azione, la ricettazione della cosa proveniente dal delitto sarà un accessorio del delitto stesso, ma non può essere considerata come un concorso nel medesimo. Quindi è, che il nostro Codice penale fece della *ricettazione* una figura speciale contro la proprietà, distinta dalle altre figure.

È a dire lo stesso della ricettazione o dell'occultamento del

colpevole, punita nel diritto romano con le pene stesse date al colpevole. Il giureconsulto Marciano diceva: *Pessimum genus est receptatorum sine quibus nemo latere diu potest. Et praecipitur, ut perinde puniantur atque latrones. In pari causa habendi sunt, quia cum apprehendere latrones possent, pecunia accepta, vel subreptorum parte demiserunt* (Fr. 1 D. *de recept.*). In altro luogo è detto: *Si quis quem eorum servum servamve ex ea familia, qui ejus facinoris noxius erit receperit, vel celaverit, sciens dolo malo, in ea causa est ac si lege quae de sicariis lata est, facinoris noxius fuerit* (Fr. 3 § 12, D. *ad S. C. Silan.*). Da ultimo si dice: *Non tantum autem qui rapuit: verum is quoque qui recepit ex causis supra scriptis tenetur, quia receptores non minus delinquunt, quam adgressores* (Fr. 3 § 3, D. *de incend. ruin. naufr.*).

Anche qui è il caso di dire, che altro è parificare la pena del colpevole a quella del suo ricettatore, altro è considerare la ricettazione come una complicità o concorso. Di questa opinione furono il Claro (*Sent.* l. II § *Finis,* quaest. 89 e 90) ed il Cremani (*De jur. crim.*, l. II, c. IV, art. 4). Altra cosa è però porgere un aiuto al colpevole per sottrarsi alla pena, ed altra è aiutarlo nella perpetrazione del reato.

Il nostro Codice penale non ha fatto della ricettazione del colpevole una forma della *ricettazione,* come reato contro la proprietà, giacchè nella ricettazione della cosa proveniente dal reato si può trovare un'offesa alla proprietà in quanto impedisce al proprietario di ricuperarla e rivendicarla, mentre nella ricettazione del colpevole non c'è che l'offesa alla giustizia pubblica, in quanto s'impedisce che questa l'abbia nelle mani per chiedergli conto del suo maleficio, e fargli subire la pena. La ricettazione del colpevole è quindi un caso di favoreggiamento.

CAPO XVIII.

Fatti positivi posteriori al reato non costituenti reato.

I fatti posteriori al reato, che si legano al medesimo, ma che non costituiscono reato, sebbene alcuni scrittori ed alcuni Codici abbiano pensato l'opposto, altri sono positivi, ed altri negativi. Sono fatti positivi la *laudatio,* cioè il far plauso al fatto commesso dando lode al suo autore, e la *ratihabitio,* cioè l'approvare o ratificare quanto

alcuno avesse fatto, come se fatto in proprio nome, e quindi l'attribuirsi il detto fatto. Non v'è alcun dubbio, che il dar lode ad uno scellerato ed il compiacersi del delitto da lui commesso sia argomento di perversità dell'animo, ma la lode ed il compiacimento non ha alcuna influenza sul fatto, il quale non muta, sia che alcuno lo lodi, sia che altri lo biasimi.

La lode dell'assassinio politico fu però creduta un reato, e punita come tale, quando sia stata fatta per mezzo della stampa, e la lode pigliasse la forma di una apologia. Ciò fu stabilito dall'art. 2.° della legge 20 giugno 1858 sulle cospirazioni contro sovrani esteri. Anche l'art. 24 dell'Editto sulla stampa aveva precedentemente stabilito, che *qualunque offesa contro la inviolabilità del diritto di proprietà, la santità del giuramento, il rispetto dovuto alle leggi, ogni apologia di fatti qualificati crimini o delitti dalla legge penale, ogni provocazione all'odio fra le varie classi sociali, e contro l'ordinamento della famiglia, sarà punita colle pene di cui all'art. 17.*

La legge del 1852 può considerarsi come abrogata dal Codice penale del 1859, ma l'art. 24 della legge sulla stampa, nel quale è considerata come reato ogni apologia di fatti qualificati crimini o delitti dalla legge penale, sussiste sempre, ogni qualvolta questa apologia sia fatta per mezzo della stampa; giacchè la legge del 22 novembre 1888, che diede al governo la facoltà di pubblicare il nuovo Codice penale con quelle modificazioni che avesse credute opportune, mentre abrogava alcuni articoli del regio editto sulla stampa, come il 17, il 27, il 28, il 29, lasciava in vigore gli altri articoli tra i quali è il 24 relativo al reato di apologia dei fatti qualificati crimini o delitti dalla legge penale. L'apologia non è costituita da una semplice lode od approvazione di un crimine o delitto, che sia stato commesso, ma vuole un giudizio motivato, un discorso, un inno, che si levi ad esaltare il fatto ed il suo autore; però anche inteso in questo senso il reato di apologia non potrebbe sostenersi, perchè col fatto che lo costituisce, non si lede un dritto sociale o politico, ma si esprime soltanto un'idea ed un sentimento. Nè si può dire, che con l'apologia del delitto o del crimine si viene a commettere una specie di provocazione pubblica a commettere reati, giacchè in questo caso non ci sarebbe bisogno di fare un reato speciale del dar lode od esaltare i fatti costituenti crimini o delitti, e si potrebbe caso per caso vedere, se la detta apologia costituisca o meno una forma di provocazione a delinquere.

Ciò è tanto più grave in quanto gli scrittori più ortodossi non credevano punibile la lode, che quando fosse fatta pei delitti contro

la religione e contro lo Stato, ma non mai per un fatto qualsiasi punito dalla legge. Il Giuliani diceva: « Può anche darsi il caso che la speciale natura di alcuni delitti impegni il legislatore a impedirne con penali sanzioni le lodi: ciò si verifica nei delitti contro la religione e contro la sicurezza dello Stato. Le lodi date ad ambe queste specie di delitto compromettono il buon ordine sociale, la pubblica sicurezza. Il legislatore può reprimerle colla minaccia di analoghe pene: allora le lodi costituiranno un delitto *sui generis*: ma non cesserà la regola generale che le esclude dalla categoria della complicità » (*Diritto criminale,* vol. I, pag. 200). Io non intendo affermare, che le dette lodi possono costituire complicità in un fatto avvenuto, ma credo che nemmeno possano costituire reati *sui generis,* per quanto si tratti di reati contro la religione o lo Stato. I fatti, quando sono avvenuti, entrano nel dominio della pubblica coscienza e della storia, e ciascuno può giudicarli come meglio crede, e quindi lodarli o biasimarli. Nè è a temere, che la lode possa corrompere gli animi o renderli ostili alla religione od allo Stato, giacchè di fronte a coloro che lodano ci sono coloro che biasimano. Non si può ammettere che il solo pericolo di produrre una tendenza, una inclinazione dell'animo a commettere un reato possa elevare a reato il fatto, che per ipotesi può produrre questa inclinazione o tendenza. In questo caso i reati si potrebbero raccogliere a piene mani nel campo di una istruzione falsa o di una educazione corrotta, nè ci sarebbe libro, nel quale sia propugnata con ardore una qualche radicale riforma sociale o legislativa, il cui autore non si possa col Codice penale alla mano chiamare a rispondere di apologia di crimini o delitti; e basterebbe dir bene della morte violenta di un re o di un papa, perchè ci sia materia di incriminazione per reato contro la religione o contro la sicurezza dello Stato. Si tornerebbe addirittura ai tempi di Tiberio, il quale fece bruciare gli annali di Cremuzio Cordo, che aveva chiamati Cassio e Bruto, uccisori di Cesare, gli ultimi dei Romani. Non valse a Cremuzio Cordo avere fatto davanti al Senato una stupenda difesa, nella quale allegò gli esempî di tutti quei grandi scrittori, che non avevano mai chiamato ladroni e parricidi Cassio e Bruto, *quae nunc vocabula imponuntur*. Cremuzio Cordo usciva dal Senato per prevenire la condanna col suicidio, pronunziando come ultime parole, che a ciascuno dà il suo il giudizio dei posteri, e che anch'egli, quantunque condannato, sarebbe stato dai posteri ricordato come Cassio e Bruto: *Suum quique decus posteritas rependit, nec deerunt, si damnatio ingruit, qui non modo Cassii et Bruti sed etiam mei meminerint.* Il Senato decise, che i libri di

Cremuzio Cordo fossero bruciati per mano degli Edili, ma i libri *manserunt occultati et editi,* e lo storico nota, che quando si punisce il pensiero, se ne accresce l'autorità, e coloro che lo puniscono preparano l'infamia a sè stessi, ed a quello la gloria: *Punitis ingeniis gliscit auctoritas, neque aliud externi reges, aut qui eadem saevitia usi sunt, nisi dedecus sibi, atque illis gloriam peperere* (*An.,* lib. IV, cap. 34 e 35). Lo stesso Tacito notava, che fu delitto capitale ad Erennio Senacione l'avere lodato Elvidio Prisco, come ad Aruleno Rustico l'aver lodato Peto Trasea, e che perciò i loro libri furono pure bruciati, quasichè bastasse il fuoco a cancellare la coscienza del genere umano. *Scilicet illo igne vocem populi romani, et libertatem Senatus, et conscientiam generis humani aboleri arbitrabantur* (*Vit. Agric.,* capo II).

Un'altra forma di fatto positivo posteriore al maleficio, e che non costituisce reato, è la cosiddetta *ratifica.* Nelle cose civili può una persona ratificare l'atto che alcuno ha compiuto in di lui nome, anche senza averne avuto mandato, perchè a nessuno è vietato l'attribuirsi il fatto altrui e contrarre volontariamente le obbligazioni civili, che risultano da questo fatto. Nessuno però, il quale non abbia commesso un reato, si può attribuire come proprio il reato, che altri ha commesso, col semplice fatto di ratificarlo ed approvarlo. Le pene si danno dai giudici e nessuno può attribuirsele volontariamente. La *ratifica* può servire come argomento probatorio per dimostrare, che alcuno abbia dato ad altri la commissione di commettere un reato per suo conto, ma da sè sola non basta a costituire la detta prova, e molto meno poi potrebbe essere elevata a reato per sè stante.

Alcuni credettero di trovare un argomento per equiparare la *ratifica* al *mandato* in alcuni testi del Dritto romano. In un primo testo si dice: *Dejicit et qui mandat: in maleficio, ratihabitio mandato comparatur* (Fr. 152, §§ 1, 2, D. *de reg. jur.*). Un secondo testo dice: *sed etsi quod alius dejecit ratum habuero, sunt qui putent.... me videri dejecisse, interdictoque isto teneri, et verum est: rectius enim dicitur, in maleficio ratihabitionem mandato comparari* (Fr. 1, § 14, D. *de vi et vi arm.*). Fu però bene osservato, che questi testi tolti da Ulpiano nelle sue osservazioni all'Editto del pretore erano relativi a colui, che fosse stato violentemente scacciato dal proprio fondo, e perciò attribuivano l'azione pecuniaria per ricuperare il possesso perduto, coi mobili e i frutti. Trattavasi quindi di una azione civile, nella quale la ratifica ben poteva venire equiparata al mandato.

CAPO XIX.

Fatti negativi posteriori al reato non costituenti reato.

Vi sono alcuni fatti negativi, intorno alla criminosità dei quali si disputa, come ad esempio il fatto di non avere denunciato il reato, che alcuno abbia veduto consumare, o saputo per altra via e come ad esempio il fatto di non averlo impedito. Quanto alla mancata denuncia bisogna distinguere se trattasi d'un reato in genere, o di qualche reato speciale, come quello contro lo Stato. Bisogna inoltre distinguere se trattasi d'un privato, ovvero d'un pubblico ufficiale. Quanto alla natura del reato, alcuni Codici vigenti, come il germanico e l'austriaco, puniscono non come figura di concorso, ma come reato per sè stante l'omessa denuncia dei reati contro lo Stato. La legge 5.ª del Codice (*ad leg. Iul. majest.*) puniva come rei di lesa maestà coloro che non avevano denunciato la perduellione. Da questo caso speciale si volle trarre un argomento per considerare come correi coloro, che, pur avendo conoscenza di un reato, non l'avessero denunciato. Questa opinione però non trovasi abbracciata dai migliori criminalisti, nè per ciò che riguarda il reato di maestà in ispecie, nè per ciò che riguarda ogni altro reato. Per il reato di maestà abbiamo la celebre frase di Baldo, il quale disse, che l'anima di Bartolo suo maestro era andata all'Inferno per avere sostenuto, che bastava a fare incorrere nella perduellione il sapere che questo reato stava per commettersi e non rivelarlo (*Consil.* l. 1, n. 34). Sostennero poi in generale, che l'omessa denuncia non poteva mai costituire complicità il Claro (Sent. l. V, § *Tin. quaest.* 87), il Boemero sopra Carpzovio (*Observ. quaest.* IV, *obs.* 1), l'Anton Mattei (lib. 48 *Dig.*, tit. II, n. 23).

Se si volesse stare a qualche testo speciale si potrebbe citare il testo, che dichiara come colui, che pur conoscendo il ladro e non lo denuncia, non sia tenuto di furto. *Qui furem novit sive indicet eum sive non indicet fur non est, cum multum intersit, furem quis celet an non indicet: Qui novit furti non tenetur; qui celat hoc ipso tenetur* (Fr. 48, § 1, D. *de fur.*). Lasciando però da parte i testi, e venendo alle ragioni, io credo che l'omessa denuncia possa costituire in certi casi un reato contro l'amministrazione pubblica, ma che non si possa senz'altro elevare a reato ogni omessa denuncia. È pur vero il concetto, che sia do-

vere d'ogni cittadino cooperare alla retta amministrazione della giustizia, la quale non può sussistere se i reati vengono lasciati impuniti. Bisogna tuttavia tenere conto dei costumi nel fare le leggi, perchè essi non possono venire modificati che assai gradatamente. Ora i nostri costumi, come non permettono l'esercizio dell'accusa pubblica dato ad ogni cittadino, secondo che praticavasi nei classici tempi della libertà popolare in Roma ed in Grecia, così non vogliono che il cittadino si faccia denunziatore. La giustizia penale non è ancora compresa come cosa, che appartenga ad ogni cittadino, nè tutti sono disposti ad affrontare i fastidî e le vendette, alle quali dà luogo il farsi ultroneo persecutore di delinquenti, superando il pregiudizio, che si possa essere creduto una spia segreta agli stipendî della Polizia, od il timore che si possa anche essere creduto complice del reato. Questi ostacoli crescono, quando si tratta di reati contro lo Stato, il quale spesso rappresenta un regime d'oppressione dei cittadini. Io credo per altro, che quando si tratta di persone, le quali hanno il dovere di scovrire e denunciare i reati per l'ufficio pubblico, che esse rivestono, l'omessa denuncia costituisca un reato. Tale del resto è per disposizione dell'art. 180 del nostro Codice penale: *Il pubblico ufficiale, che, avendo nell'esercizio delle sue funzioni acquistato notizia di un reato in materia attinente alle medesime, per il quale si debba procedere d'ufficio, omette o indebitamente ritarda di riferirne all'Autorità, è punito colla multa da lire cinquanta a mille.*

Nel non fare quello, che si deve, come nel fare quello, che non si deve, c'è sempre una materia punibile. *Qui non facit quod facere debet videtur facere adversus ea, quia non facit. Et qui facit quod facere non debet non videtur facere id quod facere jussus est* (Fr. 121 D. *de div. reg. jur. ant.*). Deve però trattarsi d'un dovere d'ufficio, e ben fece il citato articolo 180 a riconoscere questo dovere in ogni pubblico ufficiale e non soltanto negli ufficiali addetti alla polizia preventiva o giudiziaria. Senonchè l'art. 180 limita questo dovere soltanto al caso, in cui il pubblico ufficiale abbia acquistato notizia di un reato *nell'esercizio delle sue funzioni,* ed al caso in cui il reato del quale abbia acquistato notizia sia *attinente alle medesime,* come se il pubblico ufficiale abbia bisogno dell'esercizio attuale delle sue funzioni per essere legato dai doveri del suo ufficio, e come se al disopra dell'ufficio speciale che viene esercitato, non ci sia nel pubblico ufficiale il dovere speciale d'aiutare lo Stato nel disimpegno dei suoi essenziali doveri, qual è quello della giustizia penale. È tenuto a questa denuncia anche l'ufficiale di sanità, che secondo l'art. 439 del Codice penale è punito, se *avendo prestato l'assistenza*

della propria professione in casi che possano presentare i caratteri di delitto contro la persona, omette o ritarda di riferirne all'autorità giudiziaria o di pubblica sicurezza eccettochè il referto esponga la persona assistita ad un procedimento penale.

Queste disposizioni, che pur limitano il dovere della denuncia negli ufficiali pubblici, provano, che per il cittadino privato questo dovere non esiste come un obbligo della legge positiva, ed egli ha soltanto l'obbligo di dire quello che sa quando viene chiamato dalla giustizia nella qualità di testimonio. Solo per ciò che riguarda il dovere della denuncia si potrebbe fare un'eccezione per il caso, in cui alcuno essendo ingiustamente perseguitato dalla giustizia e trovandosi nel pericolo di essere condannato, vi sia chi potrebbe risparmiare alla giustizia l'errore, che sta per commettere e salvare questo innocente dalla condanna, perchè avendo visto commettere il reato e conoscendone l'autore, o sapendo in altro modo come il reato venne commesso, non ha che a pigliarsi la briga di fare una denuncia all'autorità giudiziaria, o di trovare il modo di farsi chiamare dalla medesima.

Un altro fatto negativo è quello di non impedire un reato, che si potrebbe impedire; ma questo fatto non può esser posteriore al reato, che quando trattasi d'un reato *continuo* o *continuato*. In ogni altro caso l'omesso impedimento non può riguardare che, o il tempo anteriore al reato, o il tempo nel quale il reato è nel suo corso. Nell'uno e nell'altro caso secondo il nostro Codice non c'è concorso nel reato per mancato impedimento. Nel Diritto romano era punito in taluni casi l'omesso impedimento, come nel caso di chi conoscendo la rea intenzione del figlio di uccidere il padre non lo avesse avvisato, quando pure si trattasse di persona, che non avesse alcun vincolo di parentela col padre (Fr. 2 e 6 D. *de leg. Pomp. de parric.*), e così pure venivano puniti i servi, i quali non avevano soccorso ed aiutato il loro padrone, mentre l'avrebbero potuto (Fr. 1 D. *de S. C. Silan.*). In generale poi si deduceva un argomento e *contrario*, e per ogni reato, dal testo nel quale è detto, che è immune da colpa colui che, pur sapendo d'un reato, non lo impedisce perchè non lo può impedire: *Culpa caret qui scit sed prohibere non potest, et nullum crimen patitur is qui non prohibet, cum prohibere non potest* (Fr. 109 D. *de reg. jur.*). Questi testi del Diritto romano non dimostrano però che l'equiparazione del non impedire un reato al perpetrarlo valesse come regola, giacchè in quanto essi riguardano i servi, costoro avevano il dovere civile di difendere il loro padrone, ed erano nelle medesime condizioni dei militi, che avessero lasciato trucidare il loro duce, mentre avrebbero potuto soccorrerlo. L'istituzione della servitù, per la quale

moltitudini di schiavi stavano sotto un padrone, rendeva necessario un regime di rigore per tutelare la vita del padrone, e quindi si andò fino al punto, che tutti gli schiavi (*familia*) fossero messi a morte, quando o non era stato impedito il reato, o non si riusciva a trovare tra loro il colpevole. Questa barbara usanza era antica, e non solo visse ai tempi della Repubblica, confermata dal Senato-consulto Silaniano, ma visse ai tempi dell'impero; e sotto Nerone ci fu il processo per la uccisione di Pediano, Prefetto della città, ucciso ad opera di un servo. L'uccisore era conosciuto, ed era uno dei servi, al quale il padrone aveva negata la promessa libertà, pur avendone ricevuto il prezzo; ma i servi furono tutti condannati a morte, perchè nessuno aveva cercato di difendere il padrone, o perchè si suppose che senza il silenzio dei servi Pediano non sarebbe stato ucciso. Cassio, uno dei giudici, diceva, che non era possibile difendersi dai servi senza estremo rigore, poichè dopo tante conquiste ogni padrone aveva una moltitudine di servi, e bisognava dare esempi di severità come colla pena della decimazione applicata ai militi: *Postquam vero nationes in familiis habemus, quibus diversi ritus, externa sacra, aut nulla sunt, colluviem istam non nisi metu coercueris. At quidam insontes peribunt. Nam et ex fuso esercitu, quum decimus quisque fusti feritur, etiam strenui sortiuntur. Habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur* (Tacito, *Ann.* l. XIV, cap. 42; Cicerone, *Epist. ad Fam.*, IV, 13).

I casi speciali dell'omesso impedimento d'un parricidio proverebbero, come eccezione, la regola che in ogni altro reato l'omesso impedimento non era punito; e l'eccezione per quei casi troverebbe la sua ragione nella gravità eccezionale di quel reato. Da ultimo, quanto alla regola di Paolo, si parla di colui, che può proibire, cioè che avrebbe una autorità di comando e di divieto, e non in genere di colui, che potendo impedire non impedisce.

Esaminando però la questione dal lato del dritto razionale e dal lato del dritto positivo, non pare, che si possa elevare a reato il fatto di colui, che potendo impedire un reato non lo ha impedito; giacchè se fosse altrimenti, i cittadini sarebbero tutti convertiti in agenti di polizia giudiziaria, per denunciare non soltanto i reati avvenuti, ma ancora i reati che stanno per commettersi e che potrebbero non commettersi. Un reato non si può impedire, se non prima che sia commesso, e quindi col palesare i pensieri ed i desideri dei delinquenti, ovvero col denunciare l'apparecchio dei mezzi, coi quali il reato dovrebbe essere commesso; quantunque sia risaputo, che di fronte alle difficoltà dell'attuazione i delinquenti spesso abbandonano le idee

criminose e si ritraggono dall'apparecchio dei mezzi. Nè si potrebbe dire, che questo impedimento al reato potrebbero i cittadini opporre, col prevenirne le parti lese, giacchè i reati non sono sempre commessi a danno d'un privato, e spesso la parte direttamente lesa è la società. Aggiungasi, che anche quando ci fosse una parte lesa, non sarebbe cosa agevole il prevenirla od avvertirla senza andare incontro ad inimicizie, a vendette ed a recriminazioni. Per quanto poi riguarda il diritto positivo, la nostra legge non chiama nemmeno rei di speciale reato d'omesso impedimento i pubblici ufficiali, che pure essendo chiamati a prevenire i reati, non siano riesciti per colpa e negligenza ad impedirli, quantunque avvertiti dalle parti minacciate del pericolo di un imminente reato. E come allora si potrà fare ai cittadini un carico, e per giunta un reato, per non avere impedito quello, che essi conoscevano doversi commettere, quantunque potesse per mezzo loro non venire commesso? Che se poi si tratta di quello impedimento, il quale può venire esercitato col privato intervento nel momento, nel quale il reato viene commesso, la nostra legge dà il diritto al privato cittadino di arrestare l'individuo, che si trova in flagrante reato; ma non gliene fa un dovere. Nè si potrebbe pretendere, che i cittadini accorrano alla difesa delle proprietà e delle persone minacciate dai reati, esponendoli a pericoli di diversa specie, e distraendoli dalla tutela delle loro persone e della loro proprietà.

Altra cosa è il principio morale ed altro il principio giuridico. « È indubitato, scrive il Puccioni, che le leggi della morale, mentre « prescrivono all'uomo il debito di correre in soccorso dei suoi simili, « per impedire la esecuzione delle scellerate risoluzioni altrui, o per « prestare aiuto alla designata vittima, riconoscono in chi manca a « tal dovere un tacito assentimento al reato. Cicerone (*De offic.*, lib. I, « cap. 7) c'insegna: *Injustitiae duo genera sunt; unum eorum qui inferunt,* « *alium eorum, qui ab his quibus infertur, si possent, non propulsant* « *injuriam. Qui autem non defendit, non obstitit, si potest, injuriae,* « *tam est in vitio, quam si parentes aut amicos aut patriam deserat.* « Ma da altri principî è guidata la legge penale; consultando l'an« damento delle cose umane e la esperienza, facilmente si scorge, che « gli atti negativi non sono un retto e giusto argomento di adesione « al fatto altrui. Colui che si astiene dall'impedire il delitto può esser « guidato da naturale inerzia, o incuranza, da timore di compromet« tersi, da un pericolo o vero o probabile di entrare in lotta col de« linquente, ed esporsi al di lui personale risentimento, da repugnanza « all'odioso e spregiabile assunto del delatore, ed in ognuno di questi « casi manca ogni estremo di complicità; e, ammesso per ipotesi, che

« talvolta l'atto negativo dimostri volontà consenziente al delitto, « rimarrà sempre ignoto, o almeno difficilissimo a constatarsi, se « abbia avuto influenza nell'azione criminosa. In una parola non si « potrà giammai sostenere, che l'inazione o il silenzio aiutino o pro« vochino l'esecuzione del delitto, quando nella maggior parte dei « casi possono nascere da tutt'altra causa, che da quella di associarsi « al pensiero criminoso altrui, o al desiderio di vederlo eseguire » (*Cod. pen. toscano,* vol. II, pag. 115-116).

CAPO XX.

Della pena dei concorrenti secondarii.

I concorrenti secondarii non possono meritare le stesse pene, che vengono minacciate ai concorrenti principali. Ciò deve dirsi tanto per il concorso per fatto morale, quanto per il concorso per fatto fisico. Così ad esempio colui, che abbia eccitato o rafforzato la risoluzione di commettere un reato, od abbia promesso assistenza od aiuto dopo il reato *è punito colla reclusione per un tempo non minore dei dodici anni ove la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo diminuita della metà.* Ognuno vede, che l'autore di una risoluzione criminosa non può essere confuso nella pena con colui, il quale non ha fatto altro che eccitare o rafforzare la detta risoluzione. Nell'uno e nell'altro caso colui, che eccita o rafforza una risoluzione, non è l'autore della risoluzione stessa, come non può confondersi colla madre, la levatrice che cava fuori il bambino dal seno materno, od il medico che lo rinvigorisce e lo rafforza. Dicasi lo stesso dell'altra figura di concorso secondario consistente *nel dare istruzione e nel somministrare i mezzi per eseguire il reato, ovvero col facilitarne l'esecuzione prestando assistenza od aiuto prima o durante il fatto.* Facilitare l'esecuzione di un reato non significa rendere possibile ciò, che senza questo concorso sarebbe stato impossibile, ma significa rendere più agevole quello, che altrimenti sarebbe stato difficile per le maggiori difficoltà, alle quali si sarebbe andati incontro. Si fa la stessa strada e si arriva alla meta, tanto coll'andare a piedi, come coll'andare a cavallo; quindi chi fornisce il cavallo ad un ladro, gli rende più facile la via, ma se glielo nega, non gli impedisce perciò di commettere il furto. Dicasi lo stesso di colui, che dà istruzioni o

mezzi per commettere il reato, giacchè i mezzi e le istruzioni possono essere di diversa natura, e non sempre hanno il carattere di mezzi e di istruzioni indispensabili e necessarie per commettere il reato. Quindi è, che l'art. 64 intorno alla pena dei concorrenti secondari si chiude col seguente capoverso: *La diminuzione di pena per il colpevole di alcuno dei fatti preveduti nel presente articolo non è applicata, se il reato senza il suo concorso non si sarebbe commesso.* Così caso per caso si vedrà se il concorso, il quale può essere semplicemente di ausilio per agevolare l'impresa del delitto, sia stato in un caso speciale un aiuto necessario.

In Diritto romano non trovasi ben distinta nella pena la classe dei concorrenti principali e necessari, e dei concorrenti secondari od accessori. Così era tenuto di parricidio colui, che avesse prestato denaro colla scienza, che esso doveva servire per darlo ai sicari, i quali dovevano uccidere il padre del debitore, o per comprare il veleno per dargli la morte: *Si sciente creditore ad scelus committendum pecunia sit subministrata, utputa si ad veneni comparationem, vel etiam ut latronibus adgressoribusque daretur, qui patrem interficerent, parricidii poena tenebitur qui quaesierit pecuniam, quique eorum ita crediderint, aut a quo ita caverunt* (Fr. 7 D. *de lege Pompeja de parricidiis*). Anche in materia di stupro il *suasor* era punito alla pari di colui che l'aveva commesso: *Haec verba legis, ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo, et ad eum qui suasit, et ad eum qui stuprum vel adulterium intulit, pertinent* (Fr. 12 D. *ad leg. Iul. de adult. coerc.*). In materia di plagio tutti i soci del reato erano puniti ugualmente: *Quive in earum qua re socius erit, quive servo alieno, servaeque persuaserit ut a domino dominave fugiat, vel eum eamve invito, vel insciente domino, dominave celaverit, invinctum habuerit, emerit sciens dolo malo, quive in ea re socius erit, ejus poena teneatur* (Fr. 6, § 2, D. *de leg. Fab. de plag.*). Certamente molto poteva nel distribuire giustamente le pene secondo il grado del concorso nel reato il grande arbitrio, che il giudice aveva presso i Romani nell'applicare le pene, e del quale è un grande insegnamento quello di Marciano: *Perspiciendum est judicanti ne quis aut durius, aut remissius constituatur quam causa deposcit, nec enim aut severitatis aut clementiae gloria affectanda est, sed perpenso judicio, prout quaeque res expostulat, statuendum est* (Fr. 11 pr. D. *de poen.*). Non è per altro meno vero, che la regola prevalente era, che tutti i soci erano tenuti alle stesse pene, e che mancavano le norme relative al grado o qualità della pena secondo la parte più o meno efficace presa nel reato. Quindi è che la teoria intorno alla graduazione della pena dei concorrenti

nel reato non è antica. Beccaria ebbe infatti a deplorare l'uguaglianza di pena, che le leggi attribuivano all'autore ed all'ausiliatore del reato, perchè è più nell'interesse della società « il riservare la massima pena a colui che più animoso consuma il delitto, perchè si renda così difficile rinvenire l'audace che compia l'eccesso » (*Dei del. e delle pene,* § 14). Anche il Blakstone sostenne questa dottrina (*Comm. alla leg. crim. d'Ingh.,* l. IV, cap. III, n. 3). Non è però soltanto quistione dell'interesse sociale di rintuzzare con un maggior grado di pena una maggiore audacia, ma si tratta dell'applicazione del precetto di dare a ciascuno il suo, cioè retribuire con la pena ogni socio secondo la parte, che egli ha preso nel reato.

CAPO XXI.

Circostanze personali che diminuiscono od aggravano la pena.

La questione della pena si lega con quella relativa alla comunicabilità delle circostanze da socio a socio, e che possono aggravare come attenuare la pena di taluno dei soci di fronte agli altri. L'articolo 65 del Codice penale dice: *Le circostanze o le qualità inerenti alla persona, permanenti, o accidentali, per le quali si aggrava la pena di alcuno fra quelli che sono concorsi nel reato, ove abbiano servito ad agevolarne l'esecuzione, stanno a carico anche di coloro che le conoscevano nel momento in cui vi sono concorsi; ma la pena può essere diminuita d'un sesto, ed all'ergastolo può essere sostituita la reclusione da venticinque a trent'anni.* L'art. 66 soggiunge: *Le circostanze materiali che aggravano la pena, ancorchè facciano mutare il titolo del reato, stanno a carico anche di coloro che le conoscevano nel momento in cui sono concorsi nel reato.*

Così abbiamo circostanze *personali* e circostanze *reali*. Cominciando dalle prime, il Codice penale non considera le circostanze *personali,* che in quanto aggravano la pena. Resta quindi escluso, che quelle circostanze le quali diminuiscono od anche tolgono la pena, e che sono inerenti alla persona in modo accidentale o permanente, si comunichino da un socio all'altro. È circostanza personale accidentale, ad esempio, la provocazione, la quale è una circostanza escusante, ed è pure circostanza escusante, ma permanente, l'età minore. È chiaro, che la pena del minorenne non può essere la stessa di quella del maggiorenne, come non può giovarsi l'estraneo

ad una provocazione, della scusa dell'animo eccitato spettante al socio. Dicasi lo stesso delle circostanze personali dirimenti, le quali sono anche esse incomunicabili. Così pel nostro Codice non c'è azione penale di furto da conjuge a conjuge, come da figlio a padre, ma ciò non importa, che l'estraneo, il quale coopera colla moglie o col figlio a rubare al marito od al padre, vada impunito. Era pur questo l'insegnamento del Diritto romano: *Si quis uxori res mariti subtrahenti, opem consiliumve accomodaverit, furti tenebitur. Sed etsi furtum cum ea fecit tenebitur furti cum ipsa non teneatur. Ipsa quoque si opem furi tulit, furti non tenebitur, sed rerum amotarum* (Fr. 52 pr., §§ 1, 2 D. *de fur.*). Dicasi lo stesso di quelle circostanze dirimenti, che non derivano da rapporti giuridici tra l'agente e la persona lesa dal reato, ma consistono in certe speciali condizioni dell'animo dell'agente, come il vizio totale di mente, o l'ubbriachezza piena non volontaria.

Non deve però credersi, che tutte le circostanze dirimenti o escusanti siano incomunicabili. È un fatto o circostanza giustificativa il comando della legge o l'ordine del legittimo superiore, e quindi non è responsabile di violazione di domicilio l'usciere, che procede al pignoramento dei mobili d'un debitore. Ora se l'usciere trovando chiuso l'uscio della casa del debitore, e chiusi gli usci interni della medesima, li faccia aprire con la forza, l'operaio che gli presta l'opera non è tenuto di violazione di domicilio, per la stessa ragione per la quale non è tenuto l'usciere. Dicasi lo stesso della circostanza giustificativa della difesa legittima, la quale non giova solo a colui che viene aggredito, ma a colui che accorre in sua difesa (art. 49, n. 2).

Anche per ciò che riguarda le circostanze escusanti non si può dire che esse siano tutte incomunicabili. Sarà incomunicabile la circostanza dell'età minore o del vizio parziale di mente, ma ci sono circostanze escusanti, che giovano a tutti i soci, benchè dipendenti da fatti da un solo compiuti. Così la restituzione del tolto, od il risarcimento del danno nel furto, truffa ed appropriazione indebita, giova anche ai partecipi dell'azione delittuosa, quando sia adempiuta la condizione prevista dall'art. 432 del Codice penale, giacchè trattasi d'una escusante fondata sulla mancanza del danno privato, il cui risarcimento, per quanto operato da un solo, non può non giovare agli altri soci.

Per quanto poi riguarda la comunicabilità delle circostanze personali aggravanti, non si potrebbe comunicare, nè la qualità accidentale della premeditazione, nè quella permanente di figlio, per

estendere la pena dell'omicida con premeditazione, e del parricida, a colui, che senza premeditazione e senza essere figlio dell'ucciso abbia concorso nell'omicidio. Non varrebbe, che il fatto dell'omicidio quando sia premeditato possa avere un titolo proprio, o *nomen juris*, come quello di *assassinio* dato all'omicidio premeditato dal Codice penale del 1859, in modo che la premeditazione non era una circostanza aggravante, ma un elemento costitutivo del reato d'*assassinio;* e tale era ugualmente la circostanza dell'*agguato* o della *prodizione.* L'art. 526 di questo Codice diceva: *L'omicidio commesso con prodizione o con premeditazione o con agguato è qualificato assassinio.* Anche per l'art. 523 l'omicidio volontario dei genitori o di altri ascendenti legittimi, o di genitori naturali, quando questi abbiano riconosciuto legalmente il figlio uccisore, ovvero del padre o della madre adottivi, era qualificato *parricidio.* Malgrado ciò la magistratura italiana sostenne sempre nella sua giurisprudenza, che il grado del dolo non poteva essere che esclusivamente personale, e quindi non c'era alcuna ripugnanza ad ammettere che di due persone concorrenti nello stesso omicidio fosse stata l'una animata dal dolo di nequizia o dalla *premeditazione*, e l'altra da moto improvviso dell'animo. Possono i Codici dare quei nomi, che credono alle azioni criminose, e comprendere sotto questi nomi, quegli elementi, che credono più acconci a costituire l'entità giuridica d'un dato reato. Ciò però non implica che se alcuno non è imputabile che di uno o di due di questi elementi, debba essere imputato anche del terzo elemento, per la sola ragione che il suo socio può essere imputato di tutti gli elementi che lo costituiscono. Laonde non sarà tenuto di assassinio colui, che fosse concorso in un omicidio premeditato, o di parricidio colui, che fosse concorso nella uccisione del padre di un socio, perchè il dare la mano al parricida od a colui, che ha premeditato l'omicidio, non importa il partecipare alla condizione soggettiva della premeditazione, ovvero alla condizione oggettiva del rapporto di paternità e di filiazione, costituito dalla natura e riconosciuto dalla legge. Nè varrebbe il dire, che quando l'estraneo che partecipa ad un parricidio conosce la qualità di figlio o di padre nella persona, che egli aiuta alla strage, egli agevola l'esecuzione di un fatto più iniquo che non quello del semplice omicidio. Dicasi lo stesso di colui, che conosce il dolo di nequizia della persona che egli aiuta ad uccidere, sebbene per parte sua sia stato spinto da un moto improvviso dell'animo. Questa cognizione non è sufficiente per cangiare i rapporti della paternità e delle filiazione, ovvero per parificare il dolo di nequizia al dolo d'impeto. Bene osservava il Mancini parlando di questi argomenti per la parificazione della pena, tratti dal

nome del reato, o dalla conoscenza che un socio avesse delle condizioni soggettive o giuridiche dell'altro socio nei rapporti col reato: « In verità (diceva il Mancini) questo argomento non ha alcun va-
« lore, dove si consideri, che il nome dei reati è una mera acciden-
« talità, la quale non può punto influire sulle condizioni e sul grado
« d'imputabilità dei delinquenti; e che la essenza dei fatti criminosi
« non sta nel nome attribuito ai medesimi dai criminalisti e dai
« Codici penali, ma sibbene nelle condizioni materiali che costitui-
« scono l'azione, e negli effetti dannosi che rappresentano la viola-
« zione della legge penale. Altri dissero che quando la circostanza
« personale di uno dei partecipi, consistente nella violazione di uno
« speciale dovere, sia conosciuta dagli altri che così consentono essi
« pure in quella violazione, non sembra giusto che la medesima debba
« rispetto a loro, rimanere affatto impunita. Ma senza disconoscere il
« valore di questa seconda ragione, è però manifesto, che la medesima
« non ha tale e tanta virtù, da modificare il principio che le relazioni
« personali di uno degli autori o complici del reato, di fronte al sub-
« bietto passivo, rimangono sempre una qualità tutta personale e sua
« propria, e che il nesso fra più partecipanti, sotto l'aspetto della
« rispettiva loro responsabilità, non può mai derivare dalle loro qua-
« lità personali, ma sibbene dal fatto violatore della legge, a cui
« tutti partecipano. Certo chi scientemente aiuta un figlio ad uccidere
« il padre mostra una perversità più grave di chi partecipa alla ucci-
« sione di persona che sia estranea a tutti i colpevoli, e i tribunali
« potranno tener conto di questa maggiore perversità nella qualità
« della pena, che applicheranno all'omicida entro il rispettivo grado.
« Ma il punire l'estraneo come parricida, e parificarlo nel castigo al
« figlio scellerato, che toglie la vita all'autore de' suoi giorni, sa-
« rebbe tale esorbitanza che non può trovare l'assentimento di chic-
« chessia. Oltre di che è da considerarsi, come siffatta conclusione sia
« suggerita da un criterio tutto di giustizia, che è quello di mante-
« nere su questo proposito una parità di trattamento fra i casi nei
« quali la qualità o circostanza personale aggrava, e i casi nei quali
« la medesima esclude o diminuisce, per alcuno dei partecipi, la im-
« putazione. Ed in vero, come si insegna e si ritiene, che se fra i
« partecipi ve ne sia alcuno, a pro del quale per ragioni personali
« non possa procedersi o debba essere diminuita la pena, gli altri
« che non si trovano nella stessa condizione non possono nè debbono
« godere di siffatta diminuzione; così vuole giustizia, che se fra i
« partecipi ve ne sia alcuno, il quale per ragioni personali meriti una
« pena più grave, questo aggravamento non debba estendersi agli

« altri, in cui le stesse ragioni personali non concorrono » (*Relazione*, p. 205-206).

Il nostro Codice penale ha certamente semplificato molto la questione intorno alla incomunicabilità delle circostanze personali eliminando i titoli o nomi tecnici dei reati; e così fu eliminato il titolo di parricidio, di venefizio, d'infanticidio e d'assassinio nel reato di omicidio, riducendo a semplici circostanze aggravanti od escusanti quelli che prima erano elementi costituitivi del titolo. Ciò però non ha tolto interamente dal Codice l'uso dei titoli o dei nomi tecnici, e sono in esso rimasti i titoli di *peculato*, di *concussione*, di *prevaricazione*, di *corruzione*, di *calunnia*, e simili. Lo stesso Codice poi ha creduto di risolvere la questione collo stabilire, che le circostanze e le qualità inerenti alla persona, permanenti o accidentali, per le quali si aggrava la pena di taluno, che abbia concorso nel reato, stanno a carico anche degli altri, che li conoscevano nel momento, in cui hanno commesso il reato, qualora le dette circostanze avessero servito ad agevolarne la esecuzione. Così sarà tenuto conto della circostanza aggravante della qualità di padre nella persona uccisa, se l'estraneo, che concorse col figlio ad uccidere il detto padre, conosceva questo rapporto, e se la uccisione fu agevolata dalla fiducia o confidenza, che il padre doveva avere nel figlio, sentendo, ad esempio, la sua voce ed aprendogli l'uscio. Dicasi lo stesso del caso, in cui la premeditazione d'uno dei concorrenti nel reato di omicidio, sia stata la causa di un piano o disegno di facile esecuzione, e con mezzi che solo la lunga riflessione sul malefizio avrebbe potuto escogitare. Io non credo però, che il nostro Codice sia stato felice nel risolvere la questione. Per conto mio posso ammettere, che la pena di chi aiuta il figlio ad uccidere il padre possa essere aggravata, perchè l'uccisore ha violato non solo il dovere del rispetto alla vita di un uomo, ma ha aiutato un figlio a calpestare il dovere speciale, che egli aveva del rispetto alla vita del proprio padre. Tutto ciò però non mena alla conseguenza di dover adottare la sentenza di Ulpiano, che parificava nella pena il parricida all'estraneo, che vi avesse partecipato: *Ait Maecianus, etiam conscios eadem poena adficiendos, non solum parricidas: proinde conscii, etiam extranei, eadem poena adficiendi sunt* (Fr. 6 D. *de leg. Pomp. de parr.*).

La circostanza, che la qualità speciale della persona ha reso più agevole il compimento di un reato, e la conoscenza, che i partecipi avessero avuto di questa qualità, non è tale da parificare il fatto improvviso al fatto premeditato, o mettere nella stessa riga il figlio con l'estraneo. Ben disse pertanto il Mancini, che anche in questo

caso, nel quale parrebbe che la circostanza subbiettiva diventi circostanza obbiettiva, non si debba abbandonare il principio della non comunicabilità delle circostanze personali. Il Mancini disse: « In un « caso solo si potrebbe dubitare di questa teoria, e se ne è dubitato « anche da illustri scrittori, che la propugnano, e questo caso è, « quando la qualità personale di uno dei partecipi abbia servito di « mezzo al reato. Questo avverrebbe, a modo di esempio, quando « più ladri fossero riusciti ad entrare nella casa, dove fu commesso « il furto, perchè il servo del derubato col quale essi avevano con- « certato il maleficio, profittando della comodità del servizio, avesse « loro aperto la porta. In questa ipotesi si è creduto, per l'opinione « di alcuni scrittori ed anche per l'autorità di alcuni tribunali, che « tutti i correi e complici debbano rispondere di furto aggravato dalla « domesticità o famulato, quasichè la qualità personale di uno dei col- « pevoli, che serve di mezzo al reato commesso nell'interesse di tutti, « diventi una qualità reale. Però anche in questo caso, ed in altri « consimili che potrebbero configurarsi, sembra che non sia da abban- « donarsi, senza pericolo, il principio giuridico della non comunicabi- « lità dell'aggravamento dipendente dalle qualità personali di uno degli « autori o complici del reato, e che basti aumentare la repressione, « solo togliendo il beneficio del minimo grado della pena, per quelli « autori o complici che, senza avere la qualità personale aggravante, « ne profittarono per commettere il reato » (*Relaz.*, pag. 206-207).

Lo stesso nostro Codice sentì il bisogno di non equiparare l'estraneo al figlio parricida, anche quando il rapporto di filiazione sia stato un mezzo per agevolare la consumazione del reato, e stabilì, che pur facendo carico all'estraneo della detta circostanza personale aggravante, la pena avrebbe potuto essere diminuita di un sesto, e trattandosi dell'ergastolo si sarebbe potuto sostituire al medesimo la pena della reclusione da venticinque ai trent'anni. Fu questo un emendamento, che la Sottocommissione fece al testo del progetto ministeriale, e che fu adottato dal Ministro, e consacrato nel testo definitivo del Codice. A mio credere però si sarebbe potuto eliminare l'eccezione al principio, che le circostanze personali permanenti o accidentali non possono andare a carico dei soci del reato, salvo a stabilire una maggiore quantità di pena per colui, che coopera in un reato non solo reso più agevole dalla qualità personale, ma aggravato dalla infrazione di speciali doveri per parte di uno dei socî. Avrei voluto in sostanza, che si fosse ripristinato in questo punto il Progetto del Mancini, secondo che del resto aveva proposto la Commissione della Camera dei Deputati nella sua Relazione sul Progetto del Codice penale.

Ivi si legge: « La Commissione è di parere, che non abbiasi a stabilire « alcuna eccezione alla massima generale dell'incomunicabilità delle « circostanze personali nell'art. 64 del Progetto. Tuttavia, considerando « la maggior malizia di colui che sfrutta le circostanze aggravanti « proprie d'un compagno per meglio conseguire il fine criminoso « comune ad entrambi, e la maggiore facilità dell'esecuzione che « comunque ne derivi, è parso giusto ed opportuno in ragione di « siffatto aumento nella quantità giuridica e politica dell'imputazione « di stabilire sempre un aggravamento di pena dentro i limiti legali « e però si propose di ripristinare la rispettiva disposizione del « Progetto Mancini » (Cap. XLII, p. 127).

Questa dottrina di non fare eccezione al principio della incomunicabilità delle circostanze personali fu sostenuta dal Cremani (*De Jure crim.,* l. II, cap. 5, art. 6), dal Nani (*Giur. crim.,* n. 164, 165), dal Puccioni (*Saggio di Dir. crim.,* l. I, tit. 13), dal Rossi (*Traité de Dr. Pén.,* l. II, chap. 40), dal Roberti (*Dir. pen.,* vol. II, p. 454). Sostennero la dottrina contraria il Carmignani (*Teoria delle leggi della sic. soc.,* l. I, cap. 12) ed il Carrara (*Progr., Parte gen.,* § 508), il quale tra le circostanze *subbiettive* o *personali* e quelle *obbiettive* o *materiali,* trovò una terza serie di circostanze, quelle *miste* o *subbiettivo-obbiettive,* nelle quali la qualità inerente alla persona ha la sua influenza sul fatto.

Questa terza serie di circostanze non è, a mio credere, che un sotterfugio per rendere inefficace il principio della incomunicabilità delle circostanze personali, giacchè va da sè che, quando un fatto viene operato col concorso di più forze, ogni forza rappresenta una personale attitudine d'ogni concorrente, la quale può derivare dalle sue qualità personali, che fanno più agevolmente riescire il maleficio. Di questo successo risponde ogni socio, perchè soggiace alla pena del reato consumato; ma non perciò deve pure rispondere, come di un'aggravante, di quelle qualità personali, per le quali si ottenne il successo. Così per ciò che riguarda il *furto domestico,* potrebbe la qualità di domestico in uno dei concorrenti rendere più facile il furto, per le notizie ed istruzioni, che il domestico potrebbe dare per commettere il furto, e per la fiducia, che egli gode da parte del derubato padrone; ma ciò non deve portare ad aggravare la pena per ogni socio, il quale si giova dell'aiuto del domestico, come si sarebbe giovato di quello d'un amico del derubato, o d'un suo confidente. Che se il vincolo della domesticità importa speciali doveri tra il domestico ed il padrone, ciò sarà ragione per aggravare la pena del detto domestico, come si aggrava quella di un recidivo;

ma non è ragione per aggravare la pena degli altri soci estranei ai detti rapporti. La Corte Suprema di Giustizia in Napoli con arresto del 20 nov. 1813 aveva stabilito, che la domesticità nel furto è circostanza personale incomunicabile, e ciò sotto l'impero del Codice del 1810. La Corte dopo avere enumerate diverse circostanze personali escusanti, che non si comunicano, disse: « Una uguaglianza di ragione porta alla conseguenza che le qualità personali che aggravano la pena del principale, non debbano aggravare quella del complice. Infatti un premeditato uccisore di un uomo è reo d'assassinio. Ma non lo è certamente colui che senza un precedente disegno, ma nel solo momento della esecuzione gli si rende complice. Questi non è colpevole che di omicidio volontario. La premeditazione, ch'era tutta propria dell'agente principale, non può estendersi nei suoi effetti a colui che si è reso complice nel momento. Un recidivo per la sola qualità di recidivo soffre un aumento di pena pel suo secondo misfatto. È complice in questo un estraneo. La recidiva ch'è personale, affetta il suo autore, non il complice cui certamente non è riserbata che la pena segnata in origine dalla legge. L' art. 146 punisce coi lavori a vita il funzionario pubblico reo di falso negli atti del suo ministero. L'art. 147 punisce coi lavori a tempo il privato che sia reo di falso in scrittura pubblica. Ma se questo privato fosse complice nella falsità commessa dal pubblico funzionario, quale delle due pene segnate nei due diversi articoli avrebbe contro di lui a pronunziarsi? Senza dubbio la pena dei lavori a tempo segnata contro i privati, quando sono autori di falsità in pubblica scrittura. La pena dei lavori a vita è riserbata al funzionario pubblico per circostanze che son tutte proprie a lui, e che sono incomunicabili al complice. Egli non offende solamente le leggi comuni ai rei principali ed ai complici; ma viola i patti del suo ministero, il suo sacro carattere, la pubblica fede nelle sue mani depositata. Coteste soluzioni sono assistite dalla ragione generale, che altamente reclama la gradazione, e l'equilibrio tra il misfatto e la pena ».

« Segue da tali premesse che la pena dei complici sia la stessa, che la legge pronuncia per lo stesso misfatto contro l'autore principale, indipendentemente dalle circostanze particolari dell'autore del misfatto, che debbono essere per lui solo operative e sol per lui mitigare o aggravare la pena. Questa è la retta intelligenza che la Corte Suprema trae dall'art. 59 del Codice penale ».

« Applicando siffatte teorie al caso in questione, riflette la Corte Suprema, che la qualità di domestica è qualità personale all'autrice

del furto; che non è comunicabile alla complice, e che senza tal qualità il furto ricade nella classe de' semplici, punibili in conseguenza colle pene correzionali segnate dall'art. 401 ».

Così per l'art. 76 del Codice penale per le Due Sicilie, il principio che stabilisce senza eccezione l'incomunicabilità delle circostanze personali, non fu una cosa nuova per l'ex reame delle Due Sicilie.

Anche il Codice penale sardo del 1859 aveva stabilito nell'articolo 105 che *le circostanze e le qualità o permanenti o accidentali, inerenti alla persona, per le quali o si toglie o si diminuisce o si aggrava la pena di taluno degli autori od agenti principali o dei complici, non sono calcolate per escludere, diminuire od aumentare la pena riguardo agli altri autori od agenti principali o complici nel medesimo reato.* Lo stesso principio venne adottato dal Codice per gli Stati Estensi, e dal Codice penale pel Ducato di Parma. Tra i Codici stranieri hanno la stessa disposizione il Codice penale pel Canton Ticino e quello pel Cantone di Ginevra, ed i Codici olandese ed ungherese, austriaco, spagnuolo e germanico. Fu il Codice penale francese quello che adottò un opposto principio. Nei progetti del Codice penale italiano il progetto del 1868 stabiliva il principio dell'assoluta incomunicabilità delle circostanze personali (art. 61). Il Progetto del 1870 faceva eccezione per le circostanze, che avessero fatto mutare la natura del reato, e che fossero venute a conoscenza dei partecipi nel momento della loro azione o cooperazione (art. 62). I Progetti del 1874 e del 1875 conservarono l'eccezione, ma per quelle circostanze personali, che avessero servito a facilitare la consumazione del reato. Il Progetto Mancini del 1877 non aveva alcuna eccezione, ma stabiliva solo, che qualora la circostanza o qualità personale abbia servito a facilitare la esecuzione del reato, non sarà mai applicato il minimo della pena agli autori o complici, che scientemente ne profittarono. È notevole, che la disposizione così concepita fu proposta dal senatore De Falco ed adottata dalla Commissione, in modo che non si tratta propriamente di un'eccezione alla regola generale, in forza della quale si debba senz'altro procedere alla comunicazione di una circostanza personale, ma di un semplice divieto di applicare in questo caso il minimo della pena.

Vi sono però talune circostanze o qualità personali, che costituiscono la natura speciale del reato, come l'*abuso d'autorità,* il quale non è concepibile senza la qualità personale di ufficiale pubblico, come non è concepibile l'*adulterio* o la *bigamia* senza la qualità di donna maritata o di conjuge, e la *falsità in giudizio* senza la qualità di testimone, o la *prevaricazione* senza la qualità di patrocinatore. Il reato in questi

casi è tutto costituito dalla violazione d'uno speciale dovere, il quale non può sussistere senza che ci sia la persona, che per la sua qualità è legata da questo dovere. È quindi logico che coloro, i quali porgono aiuto a questi fatti, non possano essere che concorrenti nei reati che questi fatti costituiscono. Quindi sarà tenuto d'adulterio anche l'amante della moglie infedele, benchè egli non sia legato da matrimonio, e risponderanno pure d'adulterio tutti coloro, che hanno prestato aiuto e cooperato al medesimo. Tal era l'insegnamento del Diritto romano: *Haec verba legis ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo et ad eum qui suasit et ad eum qui stuprum vel adulterium intulit pertinent* (Fr. 12 D. *ad leg. Iul. de adult. coerc.*). Quindi ancora è tenuto d'adulterio colui, che abbia prestata la casa agli amanti per darsi il convegno, *quia sine colloquio illo adulterium non committeretur* (Fr. 9 D. l. c.), e quindi con maggiore ragione, colui che fosse proprietario della casa data agli adulteri: *Qui domum suam, ut stuprum adulteriumve cum aliena matrefamilias, vel cum masculo fieret sciens praebuerit, vel quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit: cujus cunque sit conditionis, quasi adulter punitur* (Fr. 8 D. l. c.).

CAPO XXII.

Circostanze materiali che aggravano la pena dei concorrenti.

L'art. 66 del nostro Codice penale ha provveduto anche al caso delle circostanze aggravanti, obbiettive o materiali, ed ha disposto, che esse siano comunicabili a tutti i concorrenti, o meglio che vadano a carico dei medesimi colla sola condizione, che fossero state conosciute nel momento in cui essi concorsero nel reato. L'art. 66 dice: *Le circostanze materiali che aggravano la pena, ancorchè facciano mutare il titolo del reato, stanno a carico anche di coloro che le conosceranno nel momento in cui sono concorsi nel reato.* È notevole come dal testo definitivo del nostro Codice sia stato eliminato ciò, che era nel Progetto, il quale estendeva la comunicazione delle circostanze obbiettive aggravanti del reato, non soltanto a coloro, che le conoscevano nel momento in cui concorsero nel reato, ma anche a coloro, che le *potevano prevedere come conseguenza diretta del reato concertato.* La Sottocommissione a questa norma del Progetto ministeriale aveva

proposto due modificazioni: 1.° che si dovesse trattare di una facile previsione; 2.° che in questo caso la pena potesse essere diminuita di un sesto sostituendo all'ergastolo la pena della reclusione da 25 a 30 anni. Fu savio consiglio dell'on. Zanardelli di tornare al Progetto Mancini, il quale propose alla Commissione da lui presieduta di emendare il testo del Progetto Vigliani nel senso, che la circostanza materiale allora soltanto facesse carico ai concorrenti, quando i medesimi l'avessero effettivamente conosciuta. Leggesi nel processo verbale di quella adunanza quanto appresso: « Sull'art. 79 il Mi-« nistro Presidente (Mancini) troverebbe conveniente di dire, che la « scienza delle circostanze materiali aggravanti, e comunicabili ai « complici, debba essere reale ed effettiva; che si richieda cioè la « prova che erano state conosciute dal complice nel momento del-« l'azione e della cooperazione costituente la sua reità. La semplice « possibilità di prevederle è condizione insufficiente, come pure di « difficile ed arbitraria indagine » (*Processi verb.,* pag. 45). Questa dottrina, per la quale le circostanze materiali per andar a carico dei partecipi debbono essere prevedute e non soltanto prevedibili, fu sostenuta dal Carrara (*Programma,* Parte gen., § 507), e dal Rossi (*Traité de droit pénal,* lib. II, cap. 40).

Si contentarono invece della sola prevedibilità il Paoli (*Noz. elem. di dir. pen.*) ed il Puccioni (*Sag.,* lib. I, tit. 13). Fu una opinione intermedia quella, per la quale si volle, che se occorreva la previsione delle circostanze stesse, non si richiedeva però, che questa fosse relativa ad una conseguenza certa, bastando, che si fosse considerata la circostanza stessa come una conseguenza probabile della azione eseguita e concertata. Altra cosa è però la possibilità o la probabilità della previsione, altra cosa è il fatto di prevedere o come possibile o come probabile una conseguenza. Il non prevedere quanto si poteva prevedere è colpa più o meno grave, e non si può mettere la colpa in luogo del dolo. Il prevedere come un evento più o meno sicuro, e malgrado la previsione il volerlo, non è più colpa, ma *dolo,* perchè l'evento è conosciuto, poco importando se fu conosciuto come probabile, o come possibile, quando fu voluto sempre, e quando l'evento avvenne. La quistione della previsione può nascere, quando un socio del reato non si trovava sul teatro del medesimo, come colui che avesse appoggiata la scala ad una finestra per farvi salire il compagno, ed avesse presa la roba furtiva che il compagno gettava dalla finestra. È chiaro che la circostanza dell'insalizione deve andar a carico di entrambi i soci, e che questa è una circostanza obbiettiva e materiale,

che non solo è conosciuta da entrambi i soci, ma è loro opera comune. Il socio però dopo essere entrato nell'altrui casa è lasciato solo, ed egli trovando chiusi gli scrigni può scassinarli per aprirli, e la circostanza dello scasso poteva non avvenire, ma essa è voluta implicitamente da colui, che coopera in un furto in casa abitata, non potendo trovarsi gli oggetti da rubare, e sopra tutto i preziosi, esposti senz'alcuna custodia, in modo che basti stendere la mano per prenderli. Dicasi lo stesso d'altre circostanze materiali, che possono dirsi anche implicite, quantunque facciano mutare natura al fatto, come la circostanza della violenza o della minaccia per la quale il *furto* diventa *rapina*. Anche quando il ladro, che entra nell'altrui casa, mentre il compagno se ne sta fuori, non sia portatore di armi, delle quali il socio abbia avuto conoscenza, è certo, che un ladro, il quale entra in una casa abitata, non può mettersi in ginocchio a pregare gli inquilini, perchè lo lascino rubare, e quindi se egli si servì di minacce, perchè gli inquilini gli consegnassero il denaro, questa circostanza come insita nel fatto deve presumersi conosciuta e voluta col fatto. Anche sotto l'impero del Codice penale delle Due Sicilie l'art. 77 disponeva, che le circostanze materiali, che aggravano la pena d'un reato non nuocciono che agli autori o a coloro che le conoscevano *nel momento dell'azione, o della cooperazione costitutiva della loro reità*. Malgrado ciò si riteneva come implicitamente conosciuto e voluto tutto ciò, che era un mezzo necessario al compimento del fatto, e doveva considerarsi come insito nel fatto stesso. Il Roberti diceva: « Quando l'evento che altera ed aggrava la natura « del reato è annesso al concorso delle circostanze che la legge « contempla come aggravante, allora una distinzione sola crederemmo « indispensabile a farsi perchè i dettati dell'art. 71 in esame non « si trovino punto in opposizione e collo spirito della legge e coi « più solidi e ragionevoli principî della scienza penale; cioè tra cir- « costanze materiali che sono la conseguenza della stessa azione « criminosa, e tra circostanze materiali che non ne sono la conse- « guenza; cioè tra circostanze che potevano prevedersi come che « connesse coll'azione, e tra circostanze che non potevano preve- « dersi connesse colla stessa azione. Se ne sono la conseguenza, sono « imputabili comunque non conosciute, sempre che potevano preve- « dersi, perchè si presumono come conosciute giusta l'allegato prin- « cipio: ma non sono imputabili quando non potevano conoscersi; « perchè la legge richiede la scienza ovunque trattasi di circostanze « materiali. Se poi non ne sono la conseguenza, non sono imputabili, « sia che non potessero, sia che potessero prevedersi, avvegnachè

« non essendo le conseguenze dell'azione, non compete alle mede-
« sime il principio suddetto, e rimane invece in tutta la estensione
« applicabile la regola, che non nuocciono quando non se ne abbia
« la scienza. Con queste distinzioni, il testo dell'art. 77 è il più
« concorde coi principî di equità e di giustizia consacrati al tempo
« stesso, e dalla scienza politico-penale, e dallo spirito delle leggi
« penali, che pur troppo si appalesa in diverse altre disposizioni
« delle medesime » (Roberti, *Diritto penale*, vol. II, pag. 438 e seg.).

Questa stessa dottrina si dovrebbe adottare coll'art. 66 del nostro Codice, il quale in sostanza è la riproduzione dell'art. 77 del Codice penale delle due Sicilie. Esso distingue le circostanze in circostanze che aggravano la pena non facendo mutare il titolo del reato, ed in circostanze aggravanti la pena, che fanno mutare il titolo del reato. Nel primo caso il reato non muta natura; il furto è furto anche quando sia stato accompagnato da una circostanza aggravante, come quella del luogo in cui venne commesso, o della qualità delle cose sulle quali venne commesso, o dei mezzi che si adoperarono per commetterlo. Nel secondo caso, la circostanza fa mutare natura al fatto, il furto non è più furto, ma rapina, se contro la persona derubata vengono usate violenze o minacce per costringerla a consegnare una cosa mobile od a soffrire che altri se ne impossessi; ovvero sia stato commesso un omicidio per preparare o facilitare un furto, o per assicurarne il profitto. In questo ultimo caso veramente non può più parlarsi di circostanza, perchè la circostanza è una cosa accessoria od una appendice del fatto principale; ma quando l'appendice ha una importanza giuridica maggiore di quella del fatto principale, allora poco importa che nel pensiero del colpevole, il fatto secondario sia il principale ed il fatto principale sia l'accessorio. Il peso giuridico dei fatti è dato dalla legge e non già dalla intenzione del colpevole; quindi poco monta, che il colpevole abbia ucciso collo scopo del rubare, e che perciò per lui il furto sia il fatto principale, e l'omicidio il fatto accessorio, o la circostanza. La legge considera il furto come un accessorio dell'omicidio, e quindi il fatto non è più un furto, ma un omicidio aggravato dalla circostanza del furto, è perciò chiamato dalla scienza e dal Codice penale toscano col nome di *latrocinio*. Anche la circostanza aggravante, che immuta la natura del fatto, è a carico del socio del delitto quantunque da lui non posta in essere, ognora quando la medesima sia da lui conosciuta. Così se il socio resse la scala al ladro per entrare dalla finestra in una casa abitata, ed il ladro era armato, mal si potrebbe sostenere, che avendo il ladro fatto uso delle armi contro gli inquilini per commettere il

furto, ci sia nel fatto una doppia azione, cioè una rapina od un latrocinio per parte del ladro, che rubò facendo uso dell'arma, ed un furto semplicemente aggravato per parte del compagno, che gli resse la scala. Il fatto è unico, e quest'ultimo, che pur conosceva il mezzo, cioè l'arma portata dal compagno, della quale, secondo i casi, il medesimo si sarebbe servito, non può dire a propria difesa che egli non ha conosciuto la circostanza immutatrice del titolo dell'azione, e di non avere preveduto quello, che doveva o poteva succedere. Tale è appunto il pensiero del Nani il quale dice: « Se la scienza « del complice non si estendesse alle qualità del delitto medesimo, « non potrebbe a lui comunicarsi quella distinta imputabilità la quale « è inerente alle qualità ignorate del delitto, e conseguentemente « non potrebbe esser colpito da quella specie o da quel grado mag- « giore di pena che la legge avesse riservato al delitto così qua- « lificato.... Questa scienza per altro dovrebbe presumersi per le « qualità connesse col delitto conosciuto, o talmente dipendenti dalla « non ignorata consumazione del medesimo, che la cognizione del « delitto importasse ancora la previdenza delle qualità medesime » (*Giurispr. crim.*, nota al n. 155).

CAPO XXIII.

Circostanze dirimenti ed escusanti.

Ho avuto occasione di parlare delle circostanze dirimenti ed escusanti, e della loro comunicabilità, a proposito delle circostanze aggravanti. È bene però avvertire, che il nostro Codice nell'art. 65 non si occupa che delle *circostanze e qualità inerenti alla persona, permanenti o accidentali, per le quali si aggrava la pena di alcuno fra quelli che hanno concorso nel reato.* Così pure lo stesso Codice all'art. 66 non si occupa che delle *circostanze materiali che aggravano la pena, ancorchè facciano mutare il titolo del reato.* Il Codice penale sardo del 1859, nell'art. 105 abbracciava tanto le circostanze aggravanti, quanto le circostanze dirimenti ed escusanti, e disponeva: *le circostanze e le qualità, o permanenti o accidentali, inerenti alla persona, per le quali, o si toglie, o si diminuisce, o si aggrava la pena di taluno degli autori, od agenti principali, o dei complici, non sono calcolate per escludere, diminuire, od aumentare la pena riguardo agli altri autori od agenti principali o complici nel medesimo reato.* Anche il Codice

Penale per le due Sicilie aveva una disposizione, che comprendeva così le circostanze aggravanti come le circostanze dirimenti ed escusanti. Esso diceva nell'art. 76: *le circostanze personali che accrescono, tolgono o diminuiscono la pena in un complice, o in uno degli autori del reato, non giovano nè nocciono agli altri.* Quanto poi alle circostanze materiali l'art. 77 parlava delle sole circostanze che aggravano la pena del reato, e diceva: *le circostanze materiali che aggravano la pena di un reato non nuocciono che agli autori od a coloro fra i complici, i quali ne hanno avuto la scienza nel momento dell'azione o della cooperazione constitutiva della loro reità.* Io non so perchè il nostro Codice non abbia creduto di parlare in un apposito articolo delle circostanze dirimenti od escusanti, come ebbe a parlare delle circostanze aggravanti; giacchè, se bastava il principio generale che i fatti punibili sono personali, e quindi è personale tutto ciò che toglie od aggrava la loro pena, questo principio doveva valere tanto per le circostanze aggravanti quanto per quelle diminuenti, e quindi non si doveva parlare nè delle une, nè delle altre. Dal momento però che si parlò delle une, le disposizioni non sarebbero state complete senza parlare delle altre. Il Ministro Zanardelli nella sua Relazione volle giustificare il silenzio del Codice per ciò che riguarda le circostanze personali che escludono la responsabilità o la pena, e quelle che la diminuiscono: « Non giova tener conto, egli dice, di quelle circostanze personali, le quali escludono la responsabilità penale. Ed invero se il fatto fosse commesso, ad esempio, da un minore degli anni nove, o da un pazzo, coloro i quali lo avessero istigato od eccitato a commettere il malefizio, non sarebbero partecipi al reato, ma autori di esso. Se poi le circostanze sono tali che senza escludere l'imputabilità escludono soltanto la pena per ragioni speciali, come avviene nel furto commesso da persona della famiglia, la legge espressamente provvede a che l'impunità di uno dei compartecipi non si estenda agli altri; ma, quando anche la legge non vi provvedesse in tal modo, ciò risulterebbe ben chiaro dalle disposizioni sul concorso dei rei. Non importa nemmeno far cenno di quelle circostanze personali che diminuiscono la responsabilità dell'autore, quali la minore età, la provocazione e simili. Nessuno ha mai pensato che l'esistenza delle circostanze diminuenti influisca sulla imputazione dei complici; giacchè i complici che hanno agito nella pienezza della loro imputabilità hanno comunicato al delitto la pienezza della forza morale propria della loro azione; e non possono perciò valersi di quella diminuzione di imputazione che risiede in una causa esclusivamente individuale all'autore, la quale nulla ha contribuito a modificare il

loro dolo. Per queste considerazioni ho stimato inutile tener parola, come facevano i progetti anteriori, delle circostanze che escludono o diminuiscono l'imputabilità, e quindi la pena: ho perciò fatto cenno soltanto delle circostanze che aumentano la responsabilità e quindi aggravano la pena » (*Relazione,* pag. 199). Io non nego, che le controversie intorno alla comunicabilità delle circostanze, personali o materiali, escusanti, aggravanti, o dirimenti, si possano risolvere coi principî generali intorno all'imputabilità, e con quelli speciali a qualche reato; ma credo che una disposizione generale nel Codice penale avrebbe evitato molte controversie che pur possono nascere, e tanto più in quanto si era creduto opportuno di parlare delle circostanze aggravanti. La proposta di tener conto delle circostanze e delle qualità personali che tolgono o diminuiscono la pena fu fatta nel seno della Commissione Senatoria dal Professore Pessina, il quale la riprodusse nel seno della Commissione Reale, avendo l'Arabia fatto una simile proposta, e ricordato l'art. 105 del Codice penale sardo, modificato per le provincie napoletane col decreto del 1861; ma sulla detta proposta non si fece una discussione, avendo osservato l'Auriti, che questa menzione relativa alle circostanze dirimenti od escusanti poteva comprendersi se con l'art. 64 si fosse trattato di dare i criterî della non imputabilità, mentre si trattava semplicemente di fissare una norma di maggiore imputabilità (*Verb. XIV,* pag. 202). Questo argomento non era sufficiente per giustificare il silenzio del Codice intorno alle circostanze personali, per le quali si diminuisce o si esclude la pena, giacchè anche i Codici, che fanno menzione di queste circostanze, parlano di quelle altre, che aggravano la pena. Non è senza importanza pratica il prevenire le questioni, che decidono della libertà degli uomini. Così il Codice penale napoletano non si contentò soltanto di dire che *le circostanze personali che accrescono, tolgono* o *diminuiscono* la pena in un complice o in uno degli autori del reato, non giovano nè nuocciono agli altri, ma aggiunse con l'art. 77, che *le circostanze materiali che aggravano la pena di un reato non nuocciono che agli autori o a coloro tra i complici, i quali ne hanno avuto la scienza nel momento dell'azione o della cooperazione costitutiva della loro reità.* Questo art. 77 venne aggiunto all'art. 105 del Codice penale sardo dalla Commissione legislativa per le provincie napoletane, e l'art. 105 fu pubblicato con questa aggiunta. Il Cosentino notava a tale proposito, che questa modificazione riesciva « una vera mentita a tutta la giurisprudenza piemontese, per la quale era ed è ancora invalso il principio che tutti coloro i quali concorrono ad una grassazione, debbano egual-

mente rispondere delle circostanze aggravanti verificatesi nella esecuzione, sia che le avessero volute, sia che le avessero avversate od ignorate. La quale giurisprudenza è stata cagione che si moltiplicassero le condanne capitali, e sarebbesi fatto un vero macello se talora non fosse venuta in soccorso la grazia sovrana » (*Comm.* pag. 77). Questa disposizione fu riprodotta nell'art. 66 del nostro Codice penale; ma non venne riprodotta la precedente disposizione relativa alle circostanze per le quali si toglie o si diminuisce la pena. L'Arabia ha censurato questo silenzio ed ha detto: « stando così alla parola « della legge, se ne può inferire che le qualità personali invece che « tolgono o scemano la pena si comunicano sempre al complice. « Quindi chi dà istruzione od istigazione ad un minore di nove « anni a consumare un reato, non soffrirà alcuna pena: chi le darà « ad un minore di diciotto anni e maggiore di quattordici anni, « godrà del benefizio della minore età in quanto fa diminuire la « pena. Cose certo assurde perchè vi è la stessa ragione di legge « a non estendere le qualità personali, o che aggravino o che sce- « mino od anche, e più, che tolgano la pena. Nè basta il rispondere, « come si fece a chi osservò questa lacuna nella Commissione ultima, « che la pena che si toglie o si diminuisce è materia di imputabilità « o di scusa, poichè appunto perciò si era scritto a quel modo « l'articolo negli aboliti codici, e nei primi progetti, per regolare « l'imputabilità o la scusa, che ora rimangono dubbî. Letteralmente « a chi dicesse: io ho istigato un demente ad uccidere, ma con « questo non son complice di alcun reato perchè il demente non è « punito, e quando non v'è pena, non vi può esser delitto, non « avrebbe che rispondersi. Gli si può rispondere solo con quello « che prevedevano i codici aboliti, cioè che la qualità che toglie « la pena è personale e non giova al complice. È certo debba così « intendersi anche ora, non ostante che per voler mutare, o per « esser più precisi, paia il contrario ». (*Principî di Diritto Penale,* pag. 223).

I migliori Codici moderni, come il Codice penale olandese e il Codice penale germanico, non hanno creduto di passare sotto silenzio nella dottrina della partecipazione a delinquere le circostanze, che tolgono o diminuiscono la pena. L'art. 61 del Codice penale olandese dice: *le circostanze personali per le quali è esclusa, diminuita od aumentata la penalità nell'applicare la legge penale si considerano soltanto rispetto a quell'autore o complice cui esse concernono personalmente.* Anche il Codice penale germanico non credette inutile di parlare in genere delle dette circostanze dirimenti od escusanti, e, trattando della compli-

cità, nel paragrafo 50, dice: *quando la legge aumenta o diminuisce la punibilità di un'azione in ragione delle qualità o rapporti personali di chi l'ha commessa, queste speciali circostanze devono valutarsi a riguardo di quell'autore o di quel complice* (*coautore, istigatore, ausiliatore*), *nel quale si riscontrano.* Sul quale paragrafo annotò il Carrara: « risolve una questione vivamente controversa e fa bene; la risolve nel senso più giusto e più mite e fa benissimo; la risolve con una regola generale anzichè con una casuistica, e fa ottimamente ». Il Codice penale per il Canton Ticino negli art. 61 e 62 parla così delle circostanze che aggravano come di quelle che diminuiscono la pena dei concorrenti nel reato, ognora quando si tratti di circostanze o qualità personali. Quanto poi alle circostanze materiali dispone: *le circostanze materiali che accompagnano il fatto, per le quali si aggrava la pena in quanto non fossero per loro natura prevedibili nel crimine o delitto concertato, rimangono a carico dei soli autori o complici che ne ebbero la scienza nel momento della loro azione o cooperazione. La stessa norma si applica anche per le circostanze che fanno mutare la natura del crimine o delitto, o che costituiscono esse medesime un crimine o delitto diverso.* Nulla è detto nel Codice penale toscano in ordine alle circostanze ed alla loro comunicabilità o meno; ma almeno con ciò si adottava un sistema uniforme, così per ciò che riguarda le circostanze aggravanti come per ciò che riguarda le circostanze escusanti. Così pure fecero il Codice penale zurighese ed il Codice penale belga, nonchè quello per l'Isola di Malta. Un sistema intermedio non sembra logico.

Anche le circostanze che favoriscono il concorrente possono dare luogo a gravissime questioni, e non essere così semplici come parrebbe, trattandosi di circostanze personali che non vanno al di là della persona stessa, come nel caso in cui trattasi di un vizio totale o parziale di mente, ovvero di una età che toglie o diminuisce la responsabilità penale. Vi sono circostanze personali, per le quali può nascere il dubbio, se le medesime giovano oppure no anche al socio del reato, come quelle circostanze personali essenziali, che influiscono sul titolo del reato. Così per l'art. 369 l'infanticidio è un titolo d'omicidio scusato per la *causa honoris* sopra un bambino di recente nato, e che non fosse iscritto nei registri dello stato civile; ma questa *causa honoris* non giova a tutti, perchè la strage dev'essere fatta *per salvare l'onore proprio, o della moglie, della madre, della discendente, della figlia adottiva o della sorella.* Laonde se un estraneo all'infanticida l'aiuta, anche con lo scopo di salvarne l'onore, si avrebbero due titoli di reato, l'uno, d'infanticidio, per l'autore

e l'altro d'omicidio per il complice. Ma a prescindere da ciò, la casuistica adoperata dall'art. 369 prova, che mal si provvede caso per caso alla comunicabilità delle circostanze personali escusanti, giacchè, mentre nel detto articolo è ricordato il marito che s'intenerisce per la moglie adultera, e che con l'adulterio ha introdotto un figlio illegittimo nella casa del marito, e si crede possibile che un marito voglia salvare l'onore di questa donna mettendone a morte il parto adulterino, si dimentica poi l'amante della donna fecondata illegittimamente, e che ha più interesse a salvare l'onore della donna amata. Il Puccioni osservava in proposito: « Perchè sottoporre costoro, che forse avranno agito di concerto, a due distinti titoli di delitto, e punirli con pene diverse? Si replica che il sentimento dell'onore del sesso è più forte dell'amor materno, e l'uomo che non può avere nè l'uno, nè l'altro non è suscettibile di scusa veruna. Noi rispondiamo che trovasi nel cuore dell'uomo l'affetto paterno, che se non lotta con l'onore femminile, lotta con l'affezione che ha alla donna da lui compromessa, il cui onore e la cui incolumità personale è chiamato ad ogni costo a difendere. Nè si obbietti che il seduttore può con le nozze legittimare la prole, perchè ciò non è possibile, sia perchè trattasi di donna maritata, o di stretta congiunta, o perchè i genitori di lei non consentono alle nozze » (*Il Codice penale toscano*, vol. IV, pag. 504). Dicasi lo stesso della casuistica adoperata dall'art. 385 a proposito dell'*aborto procurato per salvare l'onore proprio o della moglie, della madre, della discendente, della figlia adottiva o della sorella*. Anche qui c'è la *causa honoris;* ma non come una circostanza che immuti il titolo del reato; ma come una circostanza escusante per la quale il marito fa proprio il sentimento di onore della moglie, sebbene adultera, e non già l'amante della moglie altrui che la rese feconda, e che ha tutto l'interesse a salvarne l'onore distruggendo la prova del suo adulterio. Io credo inoltre che nella materia delle circostanze escusanti o dirimenti non basti dire, che le medesime non vanno al di là della persona, e che non possono eccedere la persona, e quindi siano incomunicabili; perchè quando la circostanza personale sorge da un fatto che è comune a due persone, e che può accomunarli nello stesso sentimento, il quale produce la escusante o la dirimente, la comunicazione è conseguenza dell'unità del fatto e del sentimento. Io credo che, per quanto si sia scritto intorno al concorso punibile, e sembri questa una materia già vieta e stantìa, la scienza non abbia ancora detto la sua ultima parola, e che i Codici più recenti non siano stati molto felici nel formulare la detta dottrina.

BIBLIOGRAFIA

FALKNER, *Dissertatio de jure complicum in delictis*, Jen., 1658 — SCHWENDENDÖRFER, *Dissert. de participatione delict.*, Lipsia, 1676 — GEIGER, *Diss. de communicatione poenarum*, Alton., 1679 — STRJCK, *Diss. de imput. facti alieni circa delicta*, Francof., 1688 — COCCEII, *Diss. de socio criminis*, Francof., 1701 — LUDOVICI, *Diss. de duobus circa idem factum concurrentibus*, Hal., 1714 — LEYSER, *De societate inhonesta* (in *Med. ad Pandect.*, spec. 167), Lipsia, 1717 — NEHRMANN, *Diss. de sociis criminum*, Lugd. Bat., 1747 — EISENHART, *Diss. de vera criminis socii notione*, Helmst., 1750 — SCHLEUSER, *Diss. de imput. delicti alieni*, Altd., 1750 — SURLAND, *Diss. de societate criminum eiusque poena*, Francof., 1755 — WESTPHAL, *Diss. de consortibus et adjutoribus criminum, eorumque poena et nexu*, Hal., 1760 — SCHNEIDT, *Diss. de concursu ad delicta aliena*, Wirceb., 1774 — GRAAFLAND, *Specimen juris exhibens quaestiones de sociis criminum*, Lugd. Bat., 1785 — VANDERKEMP, *Diss. de eo qui delinquentis est socius*, Lugd. Bat., 1790 — SCHNELL, *De poenis regülariter mitioribus in sociis criminum quam in eorum auctoribus jure romano sancitis*, Heidelb., 1805 — HOPP, *De concursu ad delictum secundum jus hodiernum*, Gand, 1820 — DE POTESTA, *De communione sceleris secundum jus crim. hodiernum*, Leod., 1820 — VAN-KESSINIK, *De sociis in crimin.*, Leod., 1823 — WOLTHERS, *De auctoribus sociis et fautoribus delictorum eorumque poenis*, Groning., 1823 — GEVERS, *De sociis delinquentium*, Lugd. Bat., 1824 — SKELUND, *Diss. de concursu ad delictum*, Abo, 1824 — BUSMANN, *De societate delinquendi*, Groning., 1824 — DE SMET, *De sociis in crimine*, Gand, 1827 — STUBEL, *Della partecipazione di molti al medesimo delitto* (ted.), Dresda, 1828 — VAN-HOERSELTE, *Doctrina de auctoribus et sociis delictorum*, Lugd. Bat., 1828 — NICOLINI, *Della complicità*, Napoli, 1837, 4.ª ediz. 1850 — BUSTELLI, *Della solidarietà in materia penale*, Bologna, 1844 — KITKA, *Del concorso di più persone ad un reato* (ted.), Vienna, 1840 - *Opuscoli* nello *Archivio di Diritto criminale di Konopack* (*Archivio*, t. VII) — TITTMANN (N. *Arch. di D. Cr.*, t. II) — MITTERMAJER (op. cit., III) — VON SCHIRACH (t. III) — BORST (op. cit., t. VII) — BRAKENHOEFT (*Arch. di D. Cr.*, Nuova serie, 1840) — ABEGG (op. cit., 1841) — BIRNBAUM (op. cit., 1842) — ZIEGLER, *La partecipazione ad un reato* (ted.), Marburg, 1845 — BERNER, *La partecipazione ai reati* (ted.), Berlin, 1847 — JOLT, *De la complicité*, Paris, 1855 — M. von BURI, *Sulla dottrina della partecipazione al reato* (ted.), Giessen, 1860 — GLASER, *Autori e complici* (ted.) nel *Gerichtssaal* 1864 — LANGENBECK, *Della partecipazione al reato* (ted.), Jena, 1868 — REINHOLD SCHUTZE, *La partecipazione necessaria al reato* (ted.), Lipsia, 1869 — CARRARA, *Lezioni sul conato complicità e dolo*, Opuscoli, vol. I.

Prof. BERNARDINO ALIMENA

DEL CONCORSO DI REATI
E DI PENE

(*Libro I, titolo VII del Codice penale*)

INTRODUZIONE

Preliminari.

I.

1. La scienza e le legislazioni sono unanimi nel proclamare che la condizione di chi dev'essere giudicato per più reati sia diversa dalla condizione di chi deve essere giudicato per un nuovo reato, commesso dopo che, per un altro, era già stato colpito da una condanna.

Si suol dare il nome di « *concorso di reati* » o anche di « *reiterazione* » o « *iterazione* » a quella, e si suol dare il nome di « *recidiva* » a questa.

Però, noi che non possiamo contentarci di alcune parole, per quanto universalmente accettate, nè possiamo derivare la dottrina da presupposti, che potrebbero essere anche falsi e fallaci, dobbiamo studiare i due istituti nella loro essenza, per valutarli intimamente e interamente.

Il concorso di reati e la recidiva hanno un duplice aspetto comune: un aspetto esterno, costituito dalla pluralità dei reati commessi da una stessa persona, ed un aspetto interno, costituito dalla pertinace volontà di violare la legge. Quindi, così il reiteratore come il recidivo sono due delinquenti, che debbono assoggettarsi ad un trattamento speciale, poichè tanto per l'uno quanto per l'altro si rivelano aggravati i tre elementi del danno e del pericolo sociale, della minorata possibilità della difesa privata, della loro personale temibilità, i quali elementi — per noi — non sono tre elementi diversi, costretti insieme da un comodo eclettismo, ma sono i tre lati — starei per dire le tre dimensioni — d'una stessa realtà [1]).

Ma, di fronte a questo duplice aspetto comune, quante differenze non vi sono?

Una prima differenza potremmo chiamarla estrinseca. Il recidivo deve essere giudicato per il secondo reato, senza che il giudice possa giudicare di nuovo del primo, per il quale intervenne già una sentenza di condanna. Il reiteratore, invece, è reo di più reati, i quali,

[1]) Intorno alla dimostrazione di questo assunto, si vegga la nostra opera: *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. I, parte III, cap. II. Torino 1894.

— tranne nella rarissima ipotesi, in cui uno di essi, benchè commesso prima, venga scoperto dopo che, per l'altro, sia intervenuta la condanna —, tutti aspettano, insieme, il giudizio.

Una seconda differenza — assai maggiore — potremmo chiamarla intrinseca; ed è una differenza che, se non si verifica sempre, si verifica certo nel maggior numero dei casi, e sempre nei casi più gravi. Infatti, vero è che così il recidivo come il reiteratore sono pertinaci nel violare la legge, ma la pertinacia del primo è di gran lunga più intensa della pertinacia del secondo. Infatti, mentre il reiteratore potrebbe perfino sospettare che la giustizia sia morta, o per lo meno sia morta per lui, il recidivo, al contrario, la giustizia la conosce e l'ha sperimentata. L'accusa turbatrice, spesso la detenzione preventiva, sempre le ansie del processo, e il giudizio dei propri concittadini che assistono al dibattimento, e la solennità della sentenza, e le vigili cure per annullarla.... sono tali fatti, che debbono ben segnare un'orma profonda e incancellabile nella coscienza, e, se non la segnano, vuol dire che la coscienza è indurita.

Queste due differenze sono coordinate da un'altra e non trascurabile differenza. Anche indipendentemente dalla diversa soggettiva pertinacia nel violare la legge, è anche vero che l'offesa alla maestà dello Stato, come organo del diritto, apparisce più grave, quando la violazione si ripeta, dopo che esso ha parlato, ed ha solennemente parlato, per bocca dei giudici da esso instituiti.

È certo, adunque, che la differenza fra il concorso di reati e la recidiva è una differenza non fondata su parole ovvero su concetti tradizionali, ma è una differenza sgorgante dalla natura stessa delle cose.

Ma, se questo è vero, non cessa, pertanto, d'essere spontaneo il sospetto che le pratiche conseguenze di questi due istituti siano state, qualche volta, allontanate l'una dall'altra, assai più che la loro reale differenza non comporti. Così, — e per ora lo dico a guisa di semplice dubbio e di esempio —, potrà pensarsi che non sia giusto che il reo di due omicidi debba scontare ora quarantadue anni di reclusione e ora trenta, secondo che i due delitti siano separati da una condanna (e, per il nostro codice, da una condanna già scontata), ovvero si verifichi l'ordinario concorso; potrà pensarsi che non sia giusto che due successive condanne per omicidio semplice possano dar luogo ad una indiretta pena perpetua, mentre chi riesce a non interrompere la sua carriera con una condanna potrebbe uccidere tutti gli uomini di questo mondo (tranne quelli che dovranno giudicarlo!), ben sicuro che, non solo non gli si potrà infliggere la pena

perpetua, ma che non gli si potrà infliggere nemmeno un giorno di pena oltre i trent'anni!

2. Così stando le cose, assai di leggieri si comprende di quale grande utilità sarebbe, per la psicologia criminale, il poter fare un raffronto statistico tra il concorso di reati e la recidiva, per conoscere la loro relativa frequenza e per conoscere la frequenza di quello di fronte al numero totale dei delinquenti. Sarebbe anche utile ricercare quante volte il concorso si verifichi, perchè il reo non è stato prima raggiunto, e quante volte, invece, esso si verifichi, perchè il reo nello stesso tempo o in tempi assai prossimi abbia perpetrato i vari reati, e, in questa seconda ipotesi, sarebbe utile ricercare se i reati siano tra loro indipendenti o legati da un qualunque vincolo.

Ma questa indagine, per il modo con cui sono redatte le statistiche, sarebbe oltre ogni dire difficile e forse impossibile.

3. Adunque, la prima ricerca, la ricerca fondamentale che ci si presenta, è relativa alla determinazione del momento in cui il concorso, in senso stretto, si distacca dalla recidiva; e diciamo in senso stretto, poichè, in senso lato, anche la recidiva è un concorso.

Non sono possibili che tre opinioni, e tre soltanto: o la recidiva decorre da una sentenza di condanna ancora non irrevocabile, o decorre da una sentenza di condanna irrevocabile, o decorre dal giorno in cui la condanna è stata scontata.

Evidentemente, passando dalla prima alla seconda opinione, e da questa alla terza, il tempo, durante il quale può verificarsi il concorso, si allunga sempre.

Tra queste opinioni, non si deve tener conto che delle ultime due, poichè la prima non ha alcun seguito, e noi la ricordiamo soltanto per ragioni di simmetria.

Delle altre due, noi accettiamo la seconda, quella cioè che, ad aversi recidiva, richiede soltanto una sentenza irrevocabile di condanna, e non anche che la condanna sia scontata. E l'accogliamo, perchè essa è, ormai, la più accolta dai criminalisti, perchè essa è accolta dal nostro codice, perchè essa ci sembra l'unica possibile.

Non potremmo dimostrare questo nostro assunto, senza uscire dal nostro tema [1]). Tale assunto, di conseguenza, è il necessario presupposto da cui prendiamo le mosse.

---

[1]) Intorno alla recidiva, anche per la parte bibliografica, rimandiamo alla stessa nostra opera: *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. III, parte VII, cap. IV. Torino 1899.

4. Il problema che imprendiamo a trattare è, senza dubbio, uno dei più gravi di tutto il diritto penale, è un problema che ha le sue radici nel campo dei principii generali e stende i suoi rami tra tutti i singoli reati.

Però, diciamolo subito, esso è stato reso ancor più difficile e complicato dall'amore di classificazioni assai complesse, le quali, mentre non sono mai feconde di pratici risultamenti, non mancano di produrre incertezze; e basti guardare le due note classificazioni del Carrara [1]) e dello Haus [2]), che sono, tra di loro, così diverse, che, qualche volta, gli stessi nomi per quella indicano una cosa, e per questa ne indicano un'altra.

II.

5. Ogni reato è la violazione d'una norma tutelata dalla legge penale; e diciamo così per comprendere, in questa nozione, tanto il delitto, che è la violazione d'un diritto, quanto la contravvenzione, che è la violazione d'una regola di cautela.

E, poichè ognuna di queste violazioni viene causata e prodotta dall'uomo, con la sua azione, è evidente che se ricerchiamo tutti i possibili rapporti che intercedono tra l'azione, ovvero tra le azioni da una parte, e la violazione o le violazioni della norma o delle norme tutelate dalla legge, dall'altra, noi scorgeremo e determineremo tante diverse possibilità, che corrispondono tutte alla natura delle cose e non sono punto artificiali.

E, prima di tutto, distingueremo il prodursi di un'unica violazione della norma tutelata dalla legge penale, dal prodursi di due o di più violazioni.

Cominciamo dall'unica violazione.

Un'unica violazione della norma tutelata dalla legge può causarsi con un'unica azione ovvero con più azioni.

La prima ipotesi, — che si verifica, ad esempio, nell'omicidio che si commette in un sol momento, nel furto commesso sottraendo, in una sola volta, la cosa mobile altrui, nell'omettere di denunziare all'autorità l'esistenza d'una persona in pericolo, nella quale ci si è imbattuti una volta sola —, è la più semplice, e per ciò il reato, in

---

[1]) CARRARA, *Programma*, §§ 52, 165 e seg., 510 e seg.

[2]) HAUS, *Principii generali di diritto penale*, vol. I, n. 348 e seg., 357 e seg. Napoli 1877.

tal caso, suol chiamarsi « *semplice* » o, meglio, « *istantaneo* »; e diciamo meglio, per evitare che questo reato semplice si confonda còn quell'altro, che si vuol chiamare « *semplice* » per distinguerlo dallo « *aggravato* ». Essa non dà luogo ad alcuno dei problemi che ora stiamo per affrontare.

La seconda ipotesi si suddivide in altre due. Una si verifica allor che il reato sia composto di più azioni — dipendenti ognuna da una propria risoluzione —, azioni, ògnuna delle quali, presa isolatamente, non è dal legislatore considerata come reato, pur essendo naturalmente illecita. Così avviene per l'usura, con quei codici che, mentre non puniscono chi commette un solo atto d'usura, puniscono invece l'usura abituale. Questi reati si sogliono chiamare « *collettivi* » o « *abituali* » o « *cronici* ». L'altra si verifica allor che il reato sia causato da più azioni, le quali, mosse da una sola risoluzione, producono una sola violazione di legge, suddividendola in tanti momenti. Di tali reati, — che si chiamano « *continuati* », e che da altri si considerano come un concorso tra varie violazioni della stessa legge —, è esempio classico il furto consumato a varie riprese.

Passiamo alle molteplici violazioni della norma tutelata dalla legge penale.

Tali molteplici violazioni possono causarsi, del pari, o con un'unica azione, ovvero con molteplici azioni.

La prima ipotesi si verifica allor che un'azione unica, per speciali condizioni che studieremo, produca la violazione di varie norme tutelate dalla legge. Ad esempio, citiamo lo stupro d'una donna maritata, che viola il diritto d'ogni donna, anche non maritata, e il diritto proprio del coniugio. Questo è il così detto « *concorso formale* » o « *ideale* » o « *apparente* », che qualcheduno chiama anche « *reato complesso* ».

La seconda ipotesi si verifica quando ogni violazione sia prodotta da una propria azione. Qui, avendosi tanti reati, ognuno dei quali ha una propria vita, e l'avrebbe se anche gli altri reati con cui si unisce non esistessero, si ha evidentemente, — quando essi non siano separati, l'uno dall'altro, da una condanna, — un vero concorso, un « *concorso reale* » o « *materiale* » o « *vero* ». E questi diversi reati o sono tra loro indipendenti, come quando oggi si commette un omicidio e domani si commette un furto o una contravvenzione senza che tra di loro vi sia alcun vincolo; ovvero essi sono riuniti da un qualunque vincolo, come quando si uccide il portinaio per poter penetrare nella casa e rubare. Quando si incontri un tal vincolo, alcuni vogliono scorgere un solo reato che chiamano anche

« complesso », altri — più esattamente, come vedremo — non parlano che di reati *« connessi »*. Vedremo, a suo tempo, se sia opportuno distinguere, di fronte all'argomento nostro, i reati della stessa specie, che qualcheduno chiama *« ripetuti »*, dai reati di specie diverse, che qualcheduno vuol chiamare *« concorrenti »* in senso stretto; vedremo se sia opportuno distinguere ancora varie e diverse forme di *« connessione »*.

Se, poi, le varie azioni siano tali che l'una divenga l'accrescimento dell'altra, come ad esempio nella percossa che si trasforma in mancato omicidio, allora si avrà il reato detto *« progressivo »*.

Quando, finalmente, non importa se con una o con più azioni, il diritto violato sia tale che la sua violazione possa perdurare, anche dopo che il reato è già apparso completo nel mondo esterno, come quando si trattenga ancora la rapita, sorgerà quella figura che si chiama, appunto, reato *« permanente »*, che altri dice anche *« successivo »*.

Allor che parliamo d' *« azione »*, comprendiamo così la *« commissione »*, che consiste nel fare quel che la legge proibisce, come l' *« omissione »*, che consiste nel non fare quel che la legge comanda. Infatti, il contraposto dell' *« omissione »* è, appunto, la *« commissione »* e non l' *« azione »*, poichè, al contrario, il rapporto efficiente, tra la volontà inerte e la lesione giuridica, è anch'esso un'azione [1]. S'intende bene, però, come volta per volta si debba vedere se la *« omissione »* possa sussistere in qualcheduna delle singole forme, che anderemo studiando.

È quasi superfluo aggiungere che così la commissione come la omissione debbano essere la manifestazione esterna d'un elemento soggettivo, senza del quale non è possibile alcun reato.

Ricordiamo, infine, che non è da confondere l' *« azione »*, la quale è l'energia del delinquente, nè con il *« fatto »*, che è la meta definitiva — la violazione o le violazioni della legge — a cui con tale energia si perviene, nè con l'*« atto »*, che è uno dei momenti mediante cui quella energia si esplica.

In vero, si può produrre un solo fatto con più atti, come quando si uccida con più colpi, e si possono produrre più fatti con un'azione sola, come quando si uccidano due uomini con un sol colpo.

Vedremo come, per molti scrittori, la differenza tra *« azione »* e *« fatto »* non abbia valore alcuno o, per lo meno, non dà luogo a

[1]) Quindi, per noi, la parola *« azione »* ha un significato più largo che non abbia nell'art. 45 del nostro codice penale.

differenze pratiche; vedremo come da costoro si creda che anche il concorso di più fatti, prodotti da una sola azione, sia un concorso formale. A noi basti, qui, accennare a tale differenza logica, per non pregiudicare quel che diremo più avanti.

6. Poichè ad aversi il concorso sono necessarie le condizioni che noi già conosciamo, è naturale che esso nasca, abbia una propria vita e si estingua, come nasce, vive e si estingue ogni altro fenomeno.

Perchè il concorso possa nascere e vivere è necessario, come condizione minima, che vi siano due o più violazioni della norma tutelata dalla legge penale. È evidente che ve ne debbano essere almeno due, poichè, se ve ne fosse una sola, bisognerebbe supporre che una violazione possa concorrere con sè stessa, ciò che è assurdo.

Ma questa condizione, se è necessaria, poichè senza di essa non può sorgere il concorso, non è però sufficiente, potendo, ad onta di essa, non sorgere il concorso, come avviene, nei reati, in cui si fonde — quale elemento costitutivo — quel fatto che sarebbe l'obietto dell'altro reato concorrente.

Di conseguenza il concorso può anche svanire. Come e quando?

7. A parte il caso della recidiva e a parte il caso in cui il fatto non sia reato o non sia provato, per lo meno in rapporto a quel determinato imputato, — nei quali non si può parlare di concorso —, il concorso può svanire quando, per una qualsiasi causa sopravvenuta, non si possa procedere per uno dei reati che prima era concorrente.

Ciò può avvenire, in primo luogo, per una causa estintiva dell'azione penale, come quando, per uno dei reati, sia intervenuta la prescrizione o l'amnistia o la remissione della parte lesa. Lo stesso si dica quando, per una novazione legislativa, un fatto, che prima era reato, non lo sia più.

Ciò può avvenire, in secondo luogo, quando un ostacolo impedisca, per uno dei reati, il mettersi in moto dell'azione penale, come quando manchi la necessaria querela della parte lesa; ovvero manchi la necessaria autorizzazione del ministro di giustizia per le offese al capo dello Stato o ad altre persone specialmente designate, o del Senato o della Camera dei deputati o di un corpo giudiziario, politico o amministrativo per le offese dirette contro di loro; ovvero manchi la necessaria richiesta del ministro di giustizia o del governo straniero per quei reati, per cui si oltrepassano le regole comuni della territorialità o che sono di scarso interesse. Lo stesso si dica quando lo Stato straniero conceda l'estradizione per un solo reato, e non per tutti i reati di cui una stessa persona, fuggita all'estero, è imputata.

8. Da quanto siamo venuti esponendo, si dimostra che questo del concorso di reati, prima ancora di appartenere all'argomento della misura della pena, appartiene all'argomento della stessa natura del reato, e, appunto, al rapporto che intercede tra la volontà violatrice della norma tutelata dalla legge e il numero delle violazioni della norma o delle norme, a traverso dell'unità o della molteplicità dell'azione.

Non possiamo quindi seguire quegli autori, i quali, come il Carrara [1]), il Pessina [2]), l'Arabia [3]), il Le Sellyer [4]), lo Haus [5]), il Berner [6]), il Merkel [7]), il Geyer [8]), il Pfenninger [9]), collocano il concorso di reati, sopratutto se non del tutto, tra le cause che influiscono sulla misura della pena.

Più esattamente, dunque, a nostro debole avviso, il Tissot [10]), il Garraud [11]), il Vidal [12]), il Prins [13]), il Binding [14]), il Janka [15]) e, sopra tutti, il Liszt [16]) lo collocano in posto più degno, e ne parlano allor che trattano delle forme del reato, e ne parlano come rapporto tra l'unità o la molteplicità delle azioni e l'unità o la molteplicità delle lesioni; rinviando, come specialmente fanno il Prins, il Binding e il Liszt, alla trattazione relativa alla pena, soltanto ciò che si riferisce alla concreta determinazione di essa per effetto del concorso.

---

[1]) CARRARA, *Programma*, § 728.

[2]) PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. I, pag. 303. Napoli 1882. — *Manuale del diritto penale italiano*, vol. I, pag. 132. Napoli 1893.

[3]) ARABIA, *I principii del diritto penale*, pag. 228. Napoli 1891.

[4]) LE SELLYER, *Trattato dei reati, delle pene e della responsabilità*, vol. I, cap. II, sez. pr. § III. Torino 1887.

[5]) HAUS, op. cit., II, § 846 e seg.

[6]) BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 162 e seg. Leipzig 1886.

[7]) MERKEL, *Die Strafanwendung durch den Richter*, § 10 e seg. in HOLTZENDORFF'S *Handbuch des deutschen Strafrechts*, vol. II. Berlin 1871.

[8]) GEYER, *Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht*, I, § 59. München 1884.

[9]) PFENNINGER, *Das Strafrecht der Schweiz*, p. 764, Berlin 1890.

[10]) TISSOT, *Le droit pénal étudié dans ses principes, dans ses usages et dans les lois des divers peuples du monde*, t. I, l. 1, ch. VII. Paris 1888.

[11]) GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, v. II, l. IV, t. I, ch. I. Paris 1888.

[12]) VIDAL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, p. I, l. VI, ch. 2. Paris 1901.

[13]) PRINS, *Science pénale et droit positif*, n. 175 e seg., 525 e seg. Bruxelles 1899.

[14]) BINDING, *Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts*, §§ 60, 105 e seg. Leipzig 1890.

[15]) JANKA, *Das österreichische Strafrecht*, § 75 e seg. Prag 1884.

[16]) LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, §§ 54 e seg., 73 Berlin 1898.

Senza alcun dubbio, in un certo senso, può affermarsi che, — quando vi sia un imputabile —, tutti i problemi del diritto penale si riducano, in fondo, a problemi di misura di pena. Ma ciò potrebbe, forse, consigliare ad esporre le circostanze scusanti, le circostanze aggravanti, il tentativo, la recidiva, il concorso di rei in altrettanti capitoli del trattato della pena?

Il sistema che noi rifiutiamo costruisce, per così dire, la piramide dal vertice, perchè comincia da una ricerca la quale invece dovrebbe essere il punto ultimo d'arrivo. E poichè il vero concorso delle pene non si verifica che nel concorso reale, si arriva anche a quest'altra conseguenza: che il concorso così detto formale, il reato continuato, il reato permanente non hanno un posto proprio e adatto nella trattazione, e sono guardati di lato e quasi accidentalmente.

Nè basta. Mentre, come cercheremo di dimostrare, lo stesso concorso reale apre tanti problemi di responsabilità, non può tuttavia dirsi che esso sia, soltanto, una causa che aggrava la pena o una causa che la diminuisce: la pena deve rispondere all'imputazione derivante da tutti i reati commessi, nè più nè meno. Che il sistema che noi rifiutiamo sia artificiale, chiaro risulta dalle opposte conseguenze alle quali arrivano i maestri che lo accettano, poichè il Carrara, partendo dalla pena che si dovrebbe infliggere a tutti i reati isolatamente presi, vede nel concorso un'attenuazione di pena [1]), laddove il Pessina, partendo dalla pena che si dovrebbe infliggere ad un solo di essi, vede nel concorso un'aggravante [2]). Del resto, da un lato, non può dirsi che il concorso produca attenuazione di pena, dopo che si è sostenuto che le pene, cumulandosi, guadagnano in intensità quel che perdono in durata; e, dall'altro, non può dirsi che esso produca aumento, se non considerando un reato solo, che si aggrava sol perchè gli altri, al suo contatto, si eliminano.

Che il problema del concorso sia anteriore al problema della sua punizione, è evidente per l'istessa esperienza della vita quotidiana. Infatti, possiamo compiere azioni indifferenti ed azioni meritorie, e queste, pur non essendo soggette a pena, non cessano dal coesistere e dal concorrere.

9. Guardando le legislazioni vigenti, noi vediamo che molte di esse trattano il concorso, nel titolo della misura della pena, come una delle questioni relative appunto alla misura della pena ovvero relative all'aggravamento di essa. Così fanno i codici dell'Austria,

---

[1]) CARRARA, op. cit., loc. cit.

[2]) PESSINA, op. cit., loc. cit.

della Bosnia e dell'Erzegovina, della Russia, della Grecia, della Spagna, la legge federale svizzera e i codici dei Cantoni di Soletta, Zug, Argovia, Turgovia, Grigioni, Glaronna, Appenzell, Lucerna e S. Gallo, della Norvegia, di Malta, del Brasile, del Chilì, di Colombia, di Bolivia, dell'Argentina, dell'Uruguay, del Paraguay, di Nicaragua, di Costa-Rica, di Nuova York, ed i progetti austriaco e svizzero. Così fanno anche le legislazioni della Francia, di Monaco e della Turchia, le quali parlano del concorso nel codice di procedura penale.

Invece, altri codici parlano del concorso di per sè stesso, in un titolo proprio. Così fanno i codici della Germania, dell'Ungheria, dell'Olanda, del Belgio, del Lussemburgo, della Finlandia, della Svezia, della Danimarca, dell'Islanda, della Bulgaria, della Serbia, della Romania, di S. Marino, dei Cantoni di Zurigo, Vaud, Vallese, Berna, Friburgo, Ticino, Basilea città, Ginevra e Schwyz, del Messico, dell'Equatore, e il progetto argentino, il progetto per la Croazia e la Slavonia, il progetto francese.

Altre legislazioni, e ricordo l'egiziana, tacciono del tutto.

Il codice nostro, parlando in un apposito titolo « *del concorso di reati e di pene* », colloca l'ardua materia nel posto che le spetta.

10. Noi, nel procedere a queste nostre ricerche, seguiremo la via che già abbiamo finora battuta, vale a dire la via segnata dall'unicità o dalla pluralità delle violazioni giuridiche, e quindi dall'unicità o dalla pluralità delle azioni.

In tal modo, batteremo la via più semplice e naturale, quale è quella dell'obietto del reato e dell'attività umana che lo produce.

Ogni altra via sarebbe arbitraria. Sarebbe arbitrario parlare di concorso reale e di concorso ideale, perchè il concetto del concorso è un punto d'arrivo piuttosto che un punto di partenza, senza contare che non può affermarsi, nelle prime pagine, se esista un concorso ideale.

Similmente, non distingueremo, con appositi capitoli, un concorso di reati da un concorso di pene, preferendo, invece, trattare quello e questo parallelamente.

PARTE I.

Unicità di lesione giuridica

CAPO I.

Unicità di lesione giuridica con unità d'azione.

I.

11. È necessario, per intenderci, di dire, in via preliminare, che è soggetto attivo del reato colui che lo causa, e che ne è soggetto passivo colui, al quale appartiene il diritto leso [1])

Pacifica è la determinazione del soggetto attivo.

Non è pacifica quella del soggetto passivo. Noi, quindi, rifiutiamo l'opinione del Carrara, secondo cui soggetto passivo del reato sarebbe la persona o la cosa, sulla quale *materialmente* cade l'azione delittuosa [2]), e rifiutiamo l'opinione del Buccellati, secondo cui soggetto passivo del reato sarebbe tutta la società [3]). Accettiamo, dunque, la teorica, che, formulata anche dall'Ortolan [4]), venne sostenuta in modo assai perspicuo dal Lucchini [5]).

Infatti, la teorica che ravvisa, in ogni reato, — anche in quelli nei quali non si procede che a querela dell'offeso —, come soggetto passivo tutta la collettività è teorica assai trascendentale. Nello stesso modo, la teorica che ravvisa il soggetto passivo nella per-

---

1) Per il diritto romano, era soggetto passivo del delitto chi fosse capace di diritti e in quanto avesse diritti, di cui la violazione turbava l'ordine sociale. Perciò, soltanto con l'impero, e con l'impero cristiano, gli schiavi furono soggetti passivi del delitto. Si consultino, intorno a questo argomento: MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, p. 65 seg. Leipzig 1899. —LANDUCCI, *Storia del diritto romano*, vol. I, § 389. Verona 1898. — FERRINI, in questa stessa *Enciclopedia*, vol. I, p. 79 e seg.

2) CARRARA, *Programma*, § 40. — Così anche IMPALLOMENI, *Sul reato continuato*, nella *Rivista penale*, XXV. — BRUSA, *Saggio d'una dottrina generale del reato* § 9. Torino 1884. — MECACCI, *Trattato di diritto penale*, I, p. 233. Torino 1901.

3) BUCCELLATI, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, n. 462. Milano 1884.

4) ORTOLAN, *Element du droit pénal*, t. I, l. I, p. II, tit. II, ch. II. Paris 1885.

5) LUCCHINI, *Ancora sul reato continuato*, nella *Rivista penale*, XXV.

sona o nella cosa, su cui cade materialmente l'azione, mette alla stessa stregua la persona offesa e il corpo del reato e, assai spesso — come appunto nota il Lucchini —, rende indeterminabile il soggetto passivo, che, forse, nella calunnia verrebbe ad essere il libello accusatore, nel ricatto verrebbe ad essere la lettera minatoria, nel duello verrebbe ad esser il cartello di sfida.

Se il reato è costituito da una lesione giuridica, di cui il danno (nella sfera del diritto privato) è una conseguenza eventuale e non necessaria, è ovvio che (quantunque, alle volte, il reato cada materialmente sulla stessa persona di cui si lede il diritto) sarà soggetto passivo del reato colui, al quale appartiene il diritto, che appunto vien leso, è ovvio che sarà soggetto passivo del reato colui che lo patisce e non già il denaro o l'anello che nulla patiscono perchè nulla sentono. Chi risente il danno è il danneggiato.

È vero che, nel maggior numero dei casi, il soggetto passivo ed il danneggiato sono l'istessa persona, nella quale si fondono e il diritto leso e il danno, ma ciò non toglie che, alle volte, l'uno sia diverso dall'altro: e basta che una sola volta si distinguano, perchè la scienza li distingua sempre. Invero, nei reati, — specialmente nei reati formali —, nei quali si viola il diritto di tutta la collettività, le due persone si distinguono quasi sempre, come avviene nel delitto di falsa moneta, che viola il diritto dello Stato e danneggia l'individuo cui la falsa moneta è stata data, come avviene nel delitto di simulazione di reato, che viola la giustizia in astratto e può non danneggiare alcuno o danneggiare una persona, cui il reo non pensava nemmeno. Lo stesso può verificarsi anche negli altri reati: dell'omicidio, sarà soggetto passivo l'ucciso, ma sarà danneggiato colui che chiede il risarcimanto dei danni, non per titolo di rappresentanza; nel ratto (fin quando esso sia un delitto contro la patria potestà, o contro la potestà tutelare) sarà danneggiata la rapita, ma sarà violato il diritto del genitore o del tutore; nello stesso furto (quando si pensi che esso sia costituito dalla violazione del possesso) sarà, in fondo, danneggiato il proprietario della cosa, ma sarà violato il diritto di colui che la possedeva quando venne rubata.

La persona o la cosa su cui, materialmente, cade il reato è l'obietto *materiale*.

Obietto *giuridico*, invece, è la norma — e, quindi, la disposizione di legge —, che viene lesa, e qui ritorna l'accordo [1]).

---

[1]) Basti citare il CARMIGNANI, *Teorie delle leggi della sicurezza sociale*, l. II, e il CARRARA, *Programma*, § 42 e seg. — Cfr. OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel 1894.

II.

12. Il reato, in cui un'azione sola causa un'unica lesione giuridica, non entra nell'orbita delle nostre ricerche attuali, poichè ciò che è unico non può concorrere, essendo, come dicemmo, impossibile concorrere con ciò che non esiste ed assurdo concorrere con sè stesso.

Dobbiamo, però, guardare questo argomento, sia perchè, determinando il confine entro il quale non può parlarsi di concorso, si determina, implicitamente, il confine oltre il quale può parlarsi di concorso; sia perchè, come dicemmo, l'idea del concorso è un punto d'arrivo e non un punto di partenza; sia perchè è necessario intendere l'unicità dell'azione e l'unicità della lesione in maniera logica e umana [1]).

In vero, un'azione può essere unica in tre modi diversi.

Un'azione è unica, quando si compone d'un sol atto. E questo è il caso più semplice.

Non vi è dubbio che si delinque con un'azione unica, allor che, con un sol colpo, si uccide o, con una sola parola, s'ingiuria.

Se dal colpo unico o dalla ingiuria unica deriva un'unica lesione giuridica, si ha, — e questo è ammesso, pacificamente, da tutti —, un unico reato; se, poi, derivano più lesioni sorge, invece, uno dei maggiori problemi del concorso, che è l'obietto proprio di queste pagine.

Un'azione è, anche, unica, quando, pur essendo composta di vari e diversi atti, tuttavia unico è lo scopo immediato propostosi dall'agente, scopo immediato al raggiungimento del quale i vari e diversi atti sono rivolti. Onde con l'unità d'azione, si compenetra l'unità di reato.

Già il Carrara, — a proposito del reato continuato —, scriveva: « sente ognuno che certi delitti hanno insita, e quasi indispensabile, la ***ripetizione*** di atti positivi, ciascuno dei quali a solo sarebbe un delitto perfetto. Dovrà andarsi a cercare se l'accusato di oltraggio

---

[1]) VON BURI, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, nel *Gerichtssaal*, XXXI. — SCHÜTZE, *Konkurrenz als Frage der Gesetzgebung*, in *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*, III. — HILLER, *Ueber den gegenwärtigen Stand der Lehre von der Concurrenz der Delicte*, in *Gerichtssaal*, XXXII. — SCHWARZE, *Die Theorie der Konkurrenz und das Strafgesetzbuch*, nel *Gerichtssaal*, XXXIV. — WACHENFELD, *Theorie der Verbrechenskonkurrenz*, I. Berlin 1893. — LISZT, op. cit. § 54. — IMPALLOMENI, *Concorrenza reale e concorrenza formale dei reati*, pag. 25. Catania-Palermo 1884-85.

violento al pudore si limitò ad un solo toccamento, o reiteratamente spinse la mano impudica sopra la renitente donzella? Si andrà cercando se colui che salì sulla pianta altrui colse un sol pomo, e di quello fu sazio, o ne colse due? Se colui che ingiuriò o minacciò proferì una sola parola offensiva o più di una? In verità gli *atti* furono *più:* e ogni singolo di loro ha in sè quanto bisogna a presentare un delitto completo. Ma si cadrebbe nel ridicolo con questa rigorosa esattezza, facendo equivalere la molteplicità degli atti alla molteplicità delle *azioni*, solo perchè ciascun *atto* offra un delitto completo »[1].

Infatti, ognuno sente — nè occorre dimostrarlo — che sarebbe irrilevante far tanti delitti quanti sono i toccamenti o i pomi o le parole ingiuriose; del loro numero terrà conto, qualora lo creda, il magistrato nell'applicazione della pena. Qui vi è, quasi sempre, unicità di soggetto passivo; chè se i toccamenti e le parole ingiuriose fossero dirette contro diversi soggetti passivi, allora, evidentemente, non si avrebbero più diversi atti d'una stessa azione, ma più azioni diverse. La molteplicità dei soggetti passivi con un'unica azione, invece, potrebbe incontrarsi nel caso del furto dei pomi, quando si mangino due pomi di due alberi diversi, appartenenti a due diverse persone. Ma, anche qui, si avrebbe un'unica azione e un unico reato, per le ragioni medesime, che incontreremo nel prossimo capitolo, al quale, per non ripeterci, rimandiamo il lettore.

Altrimenti avverrebbe se tra un atto e l'altro intercedesse quel tempo, che basta perchè ognuno di essi assuma una propria individualità, in modo da costituire esso stesso, non più un atto, ma un'azione, nel qual caso sorgerebbe ora il reato continuato, ora il concorso di più reati, secondo che le varie azioni siano dovute ad una sola ovvero a più risoluzioni. Altrimenti avverrebbe se, con una sola azione, si violassero più disposizioni di legge, o più scopi immediati si attuassero, nei quai casi sorgerebbero altri problemi relativi al concorso, problemi che tenteremo di risolvere nella seconda parte di queste nostre ricerche.

Il reato unico, il quale sia il risultato di atti molteplici punibili, è una delle specie di quel reato, che si suol chiamare « *complesso* » o « *collettivo* » o « *cronico* ». E diciamo così, poichè, — secondo si disse nella introduzione —, vi sono, per creazione del legislatore, reati complessi, composti di atti o azioni singolarmente non punibili; e, quindi, vi possono essere anche reati complessi, composti di atti punibili e di atti non punibili, come possono esservi, per creazione

---

[1]) CARRARA, *Programma*, § 534.

del legislatore, reati complessi, composti di azioni punibili e di azioni non punibili [1]).

Qui, evidentemente, vi è un disaccordo tra i principii teorici e i postulati pratici di qualche legislazione. Infatti, mentre la molteplicità delle azioni porta, necessariamente, o al reato continuato o al concorso, vi sono dei legislatori che hanno, per così dire, ridotto l'« azione » ai modesti confini dell'« atto », facendo un reato dall'incontro di tanti atti che, per non essere singolarmente punibili, sono legalmente indifferenti.

Finalmente, un'azione è unica, quando, come dice l'Impallomeni, « più oggettività delittuose sono estrinsecate in unica forma di delitto specialmente dalla legge preveduto » [2]).

Ad esempio, con un'unica denunzia all'Autorità, si possono calunniare più persone, e con un sol libello famoso, si possono diffamare più persone.

In quest'ultima ipotesi, come vedremo, non vi è mai un reato solo, ma sempre una pluralità di reati.

CAPO II.

Unicità di lesione giuridica con pluralità d'azioni.

I.

13. È possibile che una sola lesione giuridica sia causata da più azioni [3]).

Questa ipotesi si verifica allor che, con una sola risoluzione, si aggredisca tante volte successivamente lo stesso diritto o la stessa regola di cautela.

Qui, si incontra un reato solo, e non tanti reati quante sono le azioni, perchè le varie e continue consumazioni non sono che i diversi momenti, durante i quali si attua una sola ed unica risoluzione criminosa. Se le risoluzioni fossero diverse, si entrerebbe nel concorso di reati, in quel concorso di reati di cui ci occuperêmo nella seconda parte di questo lavoro, ma, poichè la risoluzione è unica,

---

[1]) Così anche BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, 504. Leipzig 1885.

[2]) IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, pag. 151. Torino 1899.

[3]) Questo capitolo è, per necessità di cose, in parte il rifacimento d'un capitolo contenuto nella parte ultima della nostra opera: *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. III. Torino 1899.

si ha un solo reato, perchè le varie e diverse consumazioni non sono che le varie e diverse parti d'una consumazione sola.

Il reato continuato è unico, benchè ognuna delle sue parti, isolatamente presa, sia un reato a sè. Avviene, se mi si concede il paragone, quel che avviene di qualche animale di gerarchia inferiore, il quale è unico, e pure, se è tagliato a pezzi, ogni pezzo riproduce l'animale intiero.

Quindi, per noi non si tratta di unicità fittizia e giuridica [1]), ma si tratta di unicità reale e naturale, perchè se ogni azione successiva può, materialmente, considerarsi come un reato a sè, nondimeno ognuna di esse non è che un episodio d'una consumazione sola, che tutte le abbraccia e tutte le comprende. Onde, avendosi, soggettivamente, una sola risoluzione criminosa e, oggettivamente, una sola consumazione divisa in tanti momenti, non si ha più un concorso di tanti reati distinti, benchè omogenei, non si ha più un concorso empiricamente attenuato (non si sa perchè), ma, invece, si ha un reato unico, aggravato dall'insistenza del dolo e dell'azione.

Di fatti, perchè mai dovrebbe il reato continuato considerarsi come un concorso di reati e non come un'unità reale?

Il reato è costituito da due elementi necessari, l'intenzione e la lesione, mentre l'azione non ne è che il mezzo. La pluralità d'azioni non può dar luogo, da per sè stessa, a pluralità di reati, perchè l'azione (e questo vedremo meglio nel prossimo capitolo) non è che il mezzo, onde, come con un'unica azione si possono commettere più reati, con più azioni se ne può commettere un solo. Che restano dunque? L'intenzione e la lesione. Ma l'intenzione è unica, perchè è unica la risoluzione, dunque la ricerca deve limitarsi alla sola lesione. Può dirsi che, avendosi un'unica risoluzione, il rubar cento in dieci volte costituisca dieci lesioni, mentre il rubar cento in una volta ne costituisce una? Certamente no: la lesione è costituita dalla totalità dell'aggressione ad un diritto o ad una regola di cautela e non da ciascheduna delle cose su cui materialmente cade il reato o da ciascheduno dei momenti durante i quali l'aggressione si esplica e si compie.

Si dirà, forse, che, nel reato continuato, s'incontrano più lesioni

---

[1]) La teoria dell'unicità fittizia è sostenuta, tra gli altri, dal CARRARA (*Delitto continuato*, in *Reminiscenze di cattedra e foro*, XV. Lucca 1883) e dal PAOLI (*Nozioni elementari di diritto penale*, pag. 105. Genova 1875). L'unicità reale è sostenuta anche dall'IMPALLOMENI (*Reato continuato*, Catania 1882) e dal BRUSA, *Saggio di una dottrina generale del reato*, §§ 248, 250, 252. Torino 1884).

giuridiche, sol perchè ognuna delle azioni che lo compongono esaurisce, da per sè stessa, gli estremi del reato? Se così si dicesse, si affermerebbe il falso, poichè, a questa stregua, bisognerebbe affermare che vi siano più lesioni giuridiche omogenee anche nel reato istantaneo, composto di più atti, e quindi anche nel caso di chi ferisce vibrando dieci colpi insieme, anche nel caso di chi ruba dieci pomi dello stesso albero.

Del resto, quando si pensi che il reato continuato sia un complesso di lesioni giuridiche, si deve, di necessità, o dire che la pluralità di lesioni *si considera* tuttavia, non si sa perchè, come un reato solo, mentre il « *si considera* » non è scientifico; ovvero dire che si ha un reato unico, composto di più lesioni scindibili, ciò che, come vedremo nel prossimo capitolo, è assurdo.

Noi, adunque, mentre conserviamo la nomenclatura di « *reato continuato* », nomenclatura assai opportuna e rispondente alla natura delle cose [1]), diciamo che il reato continuato non appartiene all'orbita del concorso dei reati; e, se noi lo trattiamo qui, noi ciò facciamo sia in omaggio al sistema del codice, e sia perchè, avendo, in queste pagine, fatto rientrare il concorso nel tema delle varie forme con cui il reato apparisce, ben possiamo parlare del reato continuato che è, appunto, una di tali forme.

Da ciò chiaro risulta che, anche quando sia vero che, storicamente, l'aver considerato questo istituto come la benigna fusione di tanti reati in uno abbia fatto della continuazione una attenuante [2]), anche quando, dal punto di vista del codice, esso sia vantaggioso al reo, perchè altrimenti il giudice gli imputerebbe tanti reati diversi, è anche vero che, dal punto di vista scientifico, trattandosi d'un solo reato, la continuazione debba intendersi, invece, come una

---

[1]) KRUG, *Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen*. Leipzig 1857. — WORINGEN, *Ueber den Begriff des fortgesetzten Verbrechens*. Freiburg 1857. — SCHWARZE, *Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen*, in *Gerichtssaal*, XII. — JOHN, *Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen*. Berlin 1860. — MERKEL, *Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen*. Darmstadt 1862. — CARRARA, *Programma*, § 510 e seg. — DOCHOW, *Zur Lehre von dem gewerbs und gewohnheitsmässigen Verbrechen*. Jena 1871. — IMPALLOMENI, *Reato continuato*. Catania 1882. — MASUCCI, *Concorso di reati e di pene*, n. 60 e seg., nel *Digesto italiano*. — WACHENFELD, *Theorie des Verbrechenkonkurrenz*, III, II Berlin 1893. — RATHENAU, *Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen*. Berlin 1896. — NEUBURGER, *Das fortgesetzte Verbrechen nach der Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts*. Erlangen 1896 — PRAGER, *Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen*. Fürth 1896 — FARNBACHER, *Der Begriff des sog. fortgesetzten Verbrechens und seine juristischen Konsequenzen*. Erlangen 1897.

[2]) Questo è l'assunto, però non dimostrato, del CARRARA, op. cit., loc. cit. e *Programma* §§ 510 e seg., 2087, nota 1.

aggravante. Molto meno, poi, possiamo essere d'accordo col Carrara, quando pensa che la teorica del reato continuato si debba o non applicare ai singoli giudicabili, a seconda che essa dia o non dia luogo ad una pena più mite di quella prodotta dal concorso [1].

Ricerchiamo gli elementi costitutivi del reato continuato.

Gli estremi di questo reato sono, dunque: l'unicità di risoluzione criminosa, l'identità della legge violata, la pluralità d'azioni.

14. Cominciamo dall'elemento soggettivo.

Se si ruba, oggi, una certa quantità di denaro, e poi, resi arditi perchè il furto è rimasto ignorato, si ruba altro denaro, e poi, solleticati dalla stessa comoda esperienza, se ne ruba altro, si commettono tre furti diversi, poichè ogni furto è figlio d'una particolare determinazione, e, allor che si meditava e si consumava il primo, non si pensava, — o almeno non si pensava precisamente —, al secondo. In questa ipotesi, è erroneo parlare di furto continuato, e se, nel linguaggio usuale, si dice che un tal reo sia reo d'un furto continuato, si dice non altro che una frase.

Per aversi furto continuato, è necessario che si deliberi, con un'unica determinazione, di rubare una certa somma di cui si abbia un concetto più o meno approssimativo, o almeno si deliberi di rubare, in un dato posto, o in determinate circostanze, o entro un certo tempo; e questo furto si compie a varie riprese, sia per la difficoltà di carpire il denaro, sia per la difficoltà di nasconderlo, sia per aumentare le probabilità perchè il furto vada impunito. In questa ipotesi, il ladro, quando meditava, vedeva, dinanzi agli occhi suoi, tutti i momenti successivi della sua mala azione, e quando, per la prima volta, prendeva ciò che non era suo, sapeva già di dover ripetere quella sua azione. Solo in tal modo, vi è unità e continuità di volontà, perchè le azioni benchè divise, sono, come ben dice il Pessina, fuse « in un'unica coscienza di reato » [2]).

Quindi, nel reato continuato vi è un'unica risoluzione, una risoluzione *prestabilita,* cui corrisponde un'unica lesione giuridica attuata mediante diverse azioni.

È necessario, però, che ben s'intenda la unicità della risoluzione, altrimenti si corre, irresistibilmente, incontro a gravi errori.

In primo luogo, basta che questa risoluzione si volga ad un determinato fine delittuoso, senza che si volga anche a tutti i particolari e diversi momenti dell'esecuzione. Così è possibile, ad esempio, che

---

[1]) CARRARA, *Fogli di lavoro sul progetto di codice penale italiano,* II, in *Opuscoli*, II.

[2]) PESSINA, *Elementi di diritto penale,* vol. I, § 128. Napoli 1882.

il ladro, deliberando di rubare una certa somma di denaro, deliberi di rubarla in un certo numero di volte, ma è anche possibile — e questo anzi accade più di frequente — che egli risolva di rubare, ma non decida circa il numero delle volte in cui dovrà aprire lo scrigno, nè circa il numero delle lire, di cui ogni volta dovrà impossessarsi. In questa seconda ipotesi, si hanno evidentemente tante speciali risoluzioni criminose, per quante volte s'introduce la mano nello scrigno, ma esse non sono, però, che le manifestazioni, anzi le parti d'una sola risoluzione criminosa precedente, e questo basta per aversi la continuazione [1].

Inoltre, si deve distinguere e non confondere l'unicità della risoluzione con l'unicità della passione criminosa, nè con l'unicità dello scopo, nè con una pluralità di risoluzioni prese in un sol momento. Una banda di ladri, che forma disegno di svaligiare i passanti, un borsaiuolo che si reca ad una fiera per rubare tutto ciò che gli riesce di rubare, un altro che si propone di colpire, in ogni modo, il suo nemico non commettono, evidentemente, un reato continuato, ma commettono dei reati diversi e distinti, sia perchè per ogni reato è uopo d'una nuova risoluzione criminosa, o per lo meno è uopo d'una risoluzione criminosa la quale sempre rinasce e si rinnova; e sia perchè — e questo è il più notevole — ogni nuova azione delittuosa non appare come uno degli episodi di un'azione unica e maggiore, ma appare come un fatto il quale, benchè sia preceduto, accompagnato e seguìto da altri, ha tuttavia una individualità staccata e propria [2]. Così s'intende quel che precedentemente dicemmo, allor che accennammo ai limiti di fatto di questa specie di criminalità. E s'intende, in maniera da comprendere il commesso che, punto dal bisogno, deliberi di mettere ripetutamente la mano nella cassa, e in maniera da escludere chi abbia deciso di commettere dieci furti diversi o di rubare, sempre che si presenti il bisogno, durante tutta la sua vita.

È quasi superfluo notare come quasi tutta la difficoltà pratica, che s'incontra nel ravvisare e distinguere questa forma di reato, sia dovuta appunto alla determinazione di questa unica risoluzione. Qui ha tutto il suo imperio l'accorgimento del giudice.

Da ciò chiaro risulta come, assai difficilmente, si possa incontrare un reato continuato colposo.

Esso dovrebbe verificarsi quando, con una sola intenzione colposa, si compissero più azioni ognuna delle quali esaurisse gli estremi

---

[1] Confr. CARRARA, *Programma*, § 536.

[2] Confr. PAOLI, op. cit., pag. 108 e la Relazione MANCINI, XXVII.

d'un reato. Evidentemente, il problema potrebbe nascere, sol quando i primi effetti lesivi non fossero ancor noti al continuatore [1]).

15. Il secondo elemento del reato continuato consiste nella violazione d'una norma tutelata dalla stessa disposizione di legge.

Questo elemento può accogliersi anche senza alcuna dimostrazione, anche *per definitionem*, perchè se le varie azioni fossero previste da varie e diverse disposizioni di legge, non potrebbe pensarsi che esse costituiscano una sola lesione giuridica, nè che siano il risultato d'nna sola coscienza di reato. E su di questo torneremo.

S'intende, però, che può parlarsi di continuazione come d'una speciale determinazione giuridica, per quei fatti soltanto che possono essere o non essere continuati, ad esempio il furto. Sarebbe, invece, assurdo parlarne per quei fatti che sono sempre continuati per la loro stessa natura, ad esempio, l'uso di falsi pesi e di false misure. Di conseguenza, per i primi può incontrarsi questa figura giuridica, ma non può incontrarsi per i secondi, per i quali il legislatore, nel determinare la pena, ha già tenuto conto di questa loro particolare caratteristica della continuità [2]).

16. Il terzo elemento è quello della pluralità delle azioni.

E anche questo elemento può accogliersi senza alcuna dimostrazione, perchè quando l'azione sia unica si esce del tutto dall'orbita del nostro argomento. Infatti — e noi già lo dicemmo — ad aversi il reato continuato è necessario che ciascheduna delle sue parti sia tale che, presa isolatamente, rivesta tutti i caratteri d'un reato a sè [3].

E noi diciamo pluralità di azioni e non pluralità di atti, perchè — secondo si è già detto — anche una sola azione può scomporsi in vari atti. Onde, se per aversi un reato continuato bastasse la pluralità degli atti, si confonderebbero l'« azione » e l'« atto » e si trasformerebbe in continuato ogni e qualunque reato, poichè è ben difficile che s'incontri un reato formato da un solo e unico atto. Così non è furto continuato il fatto di chi rubi del denaro sparso in varie camere, ovvero rubi delle monete chiuse in diversi scrigni, e, per le stesse ragioni, non può parlarsi di ferimento continuato nel caso di chi vibri, uno dopo l'altro, diversi colpi alla medesima

---

[1]) Impossibile lo crede lo SCHWARZE, *Commentar zum Strafgesetzbuche für das deutsche Reich*, p. 308. Leipzig 1883. Possibile, il LISZT, op. cit., § 55. Confr. GEIB, *Deutsches Strafrecht*, p. 123. Leipzig 1862.

[2]) Nello stesso senso, PESSINA, op. cit., vol. I, § 128. — IMPALLOMENI. *Il codice penale illustrato*, vol. I, n. 132. Firenze 1890.

[3]) CARRARA, *Delitto continuato* in op. cit. e *Programma*, §§ 535, 517. — PESSINA, op. cit., vol. II. loc. cit.

persona. Nello stesso modo, non si ha continuazione, nè reiterazione quando (senza violare una nuova norma tutelata da altra disposizione della legge penale) il colpevole si assicuri il profitto del delitto [1]).

La continuazione viene interrotta da ogni azione giudiziale promossa contro del delinquente e per quel determinato reato; onde i fatti posteriori, benchè siano la continuata esecuzione d'un disegno precedente, nondimeno costituiscono dei reati che hanno vita propria. Questa soluzione è evidente, sia, da un punto di vista sostanziale, perchè l'azione giudiziale (quando sia nota al colpevole) è un tal fatto, che rende necessaria, per ritornare sulla via del delitto, una nuova e più intensa risoluzione, sia da un punto di vista formale, perchè è pur d'uopo riconoscere un qualche valore all'intervento attivo dello Stato.

17. Si domanda se, all'esistenza del reato continuato, sia necessaria l'unità di tempo.

E la risposta non può non essere negativa, poichè il reato continuato si compie appunto in tanti tempi successivi. E, anzi, si potrebbe dire che, *a priori*, l'unità di tempo e la continuazione sono due elementi contraddittori, poichè non è possibile concepire una continuazione che non sia anche successione [2]).

Però, quando tra le varie consumazioni corra un tempo troppo lungo, può nascere il dubbio che esse non derivino da un'unica risoluzione. Ma questa non è che un'indagine di fatto.

18. Si domanda, poi, se al reato continuato sia necessaria l'unità di luogo.

E, anche questa volta, la risposta è negativa. Infatti, l'unità di luogo non influisce punto sull'unicità della risoluzione e sull'identità della legge violata.

Però, i luoghi diversi possono far sospettare diverse risoluzioni. Ma anche questa è una indagine di fatto.

19. Si domanda, finalmente, se al reato continuato sia necessaria

---

[1]) Senza alcun dubbio, si commette un reato solo, che non è nemmeno un reato continuato, quando si riprende l'oggetto rubato, che era stato nascosto in luogo posto fuori del possesso del derubato: come in qualche esempio del Carrara. Dubbia, invece, è la soluzione, quando la cosa rubata si lasci in un sito, che è nel possesso dello stesso derubato: come nell'esempio del cavallo, fatto anche dal Carrara. Ma questa soluzione non può ottenersi se non a traverso le teorie del possesso e le teorie del furto; onde a noi, per non uscire dai confini del nostro tema, ci basti averla accennata. Si consultino CARRARA, *Programma*, § 2047 nota e 2087 nota e *Iterazioni immaginarie*, negli *Opuscoli*, VI, ed in senso contrario PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*, II. Torino 1894.

[2]) Confr. CARRARA, *Programma*, § 535.

l'unità del soggetto passivo, inteso il soggetto passivo, da noi, così come lo abbiamo inteso nel capitolo precedente.

E qui sorge un assai grave e disputato problema.

Qualche scrittore, come il Koch [1]), lo Schultz [2]), il Quistorp [3]), il Puttmann [4]), il Lucchini [5]), pensa che l'unicità del soggetto passivo sia sempre necessaria.

Altri, come il Mittermaier [6]), il Carrara [7]), il Paoli [8]), il Mori [9]), il Puccioni [10]), pensano che tale unicità non sia mai necessaria.

Altri, come il Berner [11]), in parte, e l'Impallomeni [12]) e il Majno [13]), del tutto, pensano che essa, in generale, non sia necessaria, ma sia necessaria soltanto nei delitti, che colpiscono direttamente la persona [14]).

E le conseguenze delle tre teoriche sono assai diverse. Con la prima, si ha un reato continuato sol quando si rubi alla stessa persona; con la seconda, si ha un reato continuato non solo anche quando si rubi a diverse persone, ma anche quando diverse persone vengano uccise o ferite; con la terza, finalmente, si ha reato continuato anche quando si rubi a diverse persone, ma non anche quando si uccidano o si feriscano.

Chi sostiene la prima teoria dice che, per parlare d'un reato unico, è necessario che, all'unicità della risoluzione e all'identità della legge violata, si accompagni l'unicità del soggetto passivo, perchè, se invece i soggetti sono diversi, può essere ancora unica la norma violata, ma non sarà unica la risoluzione, e quindi, mentre vi sono più diritti lesi, vi è la coscienza di tanti diversi reati [15]).

---

[1]) Koch, *Institutiones juris criminalis*, § 321. Jenae 1779.

[2]) Schultz, *De concursu delictorum*, III, § 6. Halae 1748.

[3]) Quistorp, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, I, § 30. Rostock 1770.

[4]) Puttmann, *Elementa juris criminalis*, § 33. Lipsiae 1779.

[5]) Lucchini, *Ancora sul reato continuato*, nella *Rivista penale*, XXV.

[6]) Mittermaier, *Della differenza fra i delitti continuati e reiterati*, negli *Scritti germanici*, pubblicati dal Mori, II. Livorno 1846.

[7]) Carrara, *Programma*, § 531 e *Sinopsi del conato*, in *Reminiscenze*, VIII.

[8]) Paoli, op. cit., pag. 89.

[9]) Mori, *Teoria del codice penale toscano*, 103. Firenze 1854.

[10]) Puccioni, *Il codice penale toscano illustrato*, II, pag. 221. Pistoia 1855-59.

[11]) Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, § 149. Leipzig 1886.

[12]) Impallomeni, *Reato continuato*, pag. 7. Catania 1882 — *Sul reato continuato* nella *Rivista penale*, XXV — *L'omicidio nel diritto penale*, n. 78. Torino 1899.

[13]) Majno, *Commentario al codice penale italiano*, vol. I, n. 413. Verona 1890.

[14]) A quest'ordine d'idee si riattacca, sostanzialmente, l'Arabia, *I principii del diritto penale applicati al codice italiano*, n. 197, Napoli 1891.

[15]) Koch, op. cit., § 321.

Chi sostiene la seconda teoria dice che, al contrario, è assurdo parlare d'identità di soggetto passivo, perchè al ladro poco importa di rubare a Tizio piuttosto che a Caio; perchè si può continuare senza saperlo, come quando si rubi alla stessa persona, credendo che sia un'altra; perchè si può iterare, credendo di continuare, come quando si rubi nella stessa casa, ove è sopravvenuto un nuovo pigionale; perchè l'esistenza e la vera esistenza della continuazione dipenderebbe dal caso, secondo che, ad esempio, si trovino una o più persone nella stessa camera; perchè, alle volte, l'istessa identità del soggetto passivo non basta a far ammettere la continuazione, come quando, a grande intervallo di tempo, si usi violenza sulla stessa donna [1]).

Chi sostiene la terza teoria dice che, se è indifferente al ladro la persona che possiede gli oggetti che si rubano, non è, invece, indifferente all'omicida o al feritore la persona che vuole uccidere o ferire, poichè chi offende nella persona più individui, è mosso da altrettante cause e si propone altrettanti fini, e, quando esistano cause e fini distinti di determinazione criminosa, esistono determinazioni distinte [2]).

A quest'ultima teoria, il Lucchini muove delle obiezioni, e osserva che la distinzione tra i vari reati è del tutto empirica; che è uopo che l'analisi dell'intenzione si riferisca all'obietto del reato, e non al fine che il reo si propone; che è anche possibile un'intenzione generica di uccidere, come quando si voglia distruggere un'intera famiglia; che se al ladro può essere indifferente la persona del proprietario, ai diversi proprietari non può essere indifferente di trovarsi tra i derubati; che se il diritto d'ogni singolo proprietario è obietto giuridico distinto di un furto, e se ad esso si colleghi l'animo del colpevole, vuol dire che tante sottrazioni di tante diverse proprietà costituiscono altrettanti furti distinti [3]).

Noi abbiamo accettato la teoria intermedia, ma l'abbiamo accettata per ragioni alquanto diverse. E questa teoria nostra, che altrove abbiamo esposta, qui vien ribadita.

Cominciamo da un'indagine soggettiva.

Noi non diciamo che l'unità di soggetto passivo non sia mai necessaria, eccezion fatta per i delitti contro la persona; ma diciamo, invece, che essa non è mai necessaria, fin quando al delinquente sia

---

[1]) MITTERMAIER, op. cit., loc. cit.
[2]) IMPALLOMENI, op. cit., loc. cit.
[3]) LUCCHINI, op. cit., loc. cit.

indifferente l'uno o l'altro soggetto passivo, e che, al contrario, essa è necessaria quando il delinquente non possa passare dall'offesa dell'un soggetto passivo a quella dell'altro, senza una particolare determinazione, e aggiungiamo che questo fatto si verifica, sempre, nei reati contro la persona. Di fatti, al raggiungimento dello scopo immediato del ladro, non importa rubare ad uno piuttosto che ad un altro, mentre al raggiungimento dello scopo immediato dell'omicida (tranne che si tratti di un pazzo che uccida per gusto d'uccidere) importa assai uccidere uno invece d'un altro. Quello si rivolge alla cosa, questo si rivolge contro la persona. Onde noi non ci fondiamo più su di un'empirica distinzione tra i reati; chè, al contrario, diciamo anzi che se, in altri reati, fosse necessaria una nuova determinazione, se, in altri reati, pur rivolgendosi alla cosa, il reo mirasse alla persona, ci troveremmo di nuovo dinanzi alla necessità d'un unico soggetto passivo. Quindi, nel caso d'un ladro che avesse proprio deciso di rubare continuatamente ad una sola e medesima persona (e ad essa soltanto e non ad altre), noi vedremmo sparire la figura della continuazione, quando egli, — trovandosi dinanzi al denaro di quella alla quale da lui non si voleva rubare —, abbia bisogno di una nuova determinazione per non arrestarsi.

Noi, quindi, ci fondiamo sul concetto, per noi elementare, che, se il reato continuato è un reato unico (realmente e non per finzione), esso sussiste solo fin quando basti a produrlo un'unica determinazione (cui corrisponde un'unica coscienza di reato), e l'unica determinazione si ha quando, allo scopo da raggiungere, sia indifferente l'uno o l'altro soggetto passivo. E la determinazione generica di distruggere una famiglia è, essa stessa, una determinazione specifica, poichè l'omicida, se uccide indifferentemente tutti i membri di essa, risparmia, tuttavia, i membri dell'altra; mentre, invece, al ladro importa poco di prendere la roba di questa o di quella famiglia, poichè, anzi, se gli importa, viene a sparire la continuazione per sorgere il concorso d'una pluralità di reati diversi [1]). In vero, la lesione è costituita, come dicemmo, dalla totalità dell'aggressione ad un diritto o ad una regola di cautela, e, se l'intenzione è unica, ed è unica quando all'agente sia indifferente il soggetto passivo, si ha un reato solo. Nè si dica che ciò, se è indifferente all'agente, non è indifferente al derubato, poichè rispondo che l'essere differente per il derubato influisce certo sul nascere delle azioni di risarcimento, ma non sul reato.

---

[1]) ALIMENA, op. cit. vol. III, pag. 553 e seg.

S'intende bene, di conseguenza, che l'essere o non indifferente al reo che il delitto cada su questo o su quel soggetto passivo non è cosa che da sè stessa influisca sulla continuazione, che anzi da sè stessa non influisce, per la ragione medesima per cui non si è mai dubitato che commetta un sol furto chi rubi una cassa con tanti oggetti appartenenti a tante persone diverse. Ma influisce, invece, sol perchè l'essere ciò indifferente lascia presumere che il reato sia l'effetto di una sola risoluzione, mentre, se ciò non è indifferente, è ragionevole ammettere che una sola risoluzione non basti. Così se si risolve di rubare, in tante volte, in quella tal camera, la continuazione vi sarà qualunque sia il numero dei soggetti passivi, poichè la risoluzione è da essi indipendente; se si risolve di rubare a tutte le persone che occuperanno quella camera, indifferentemente, vi sarà del pari continuazione, poichè la risoluzione è indipendente dalle persone colpite; se invece si risolve di rubare, in tante volte, a Tizio, proprio a Tizio, e successivamente s'incontri Caio, la continuazione si spezza, perchè la risoluzione di rubare a quello non sarà sufficiente per rubare a questo, e deve di necessità sorgere una risoluzione nuova.

Quindi, noi non diciamo, col Masucci, che il reato continuato si elimina, quando il reo *sa* di colpire diverse persone [1]; e non lo diciamo perchè il reato è costituito dalla totalità della aggressione voluta, nè importa che essa colpisca l'uno piuttosto che l'altro (altrimenti, sarebbe reo di dieci furti chi ruba una borsa con dieci monete, e *sa* che appartengono a dieci persone diverse); ma diciamo invece che il reato continuato finisce, quando il reo *sa* di colpire diverse persone e per lui *non sia indifferente* colpire questa piuttosto che quella, in modo che occorre, per non arrestarsi, una nuova risoluzione.

Ma l'indagine soggettiva si completa con una indagine obiettiva: vi sono dei reati per i quali, obiettivamente, la pluralità dei soggetti passivi esclude *a priori* la continuazione, facendo sorgere il concorso. E quali?

Facciamo qui un raffronto tra il furto e l'omicidio. Nella prima ipotesi, il reo delibera di commettere un furto, ed il furto poi si suddivide in varie parti, e, viceversa, riunite le varie parti, si ricostruisce il furto deliberato. Nell'altra, invece, il reo non delibera di commettere un omicidio, ma delibera di uccidere due o più persone, questa deliberazione si suddivide in varie parti di cui ognuna è un omicidio, e, riunite le varie parti, si ricostruisce non un omicidio, ma la deliberazione che più omicidi comprende. Nella prima ipotesi, la

[1] MASUCCI, op. cit. n. 77.

deliberazione comprende un unico reato, che si fa a pezzi, mentre è accidentale ed indifferente che quei pezzi siano nell'orbita del possesso d'una sola o di più persone; nella seconda, invece, la deliberazione comprende un unico scopo, che si fa a pezzi, ed ogni pezzo è un omicidio, mentre è non accidentale nè indifferente che si colpisca una persona piuttosto che un'altra. Insomma, cinque sottrazioni, ognuna di venti, possono dar luogo ad un sol furto continuato, perchè esiste un furto solo non continuato, dovuto alla sottrazione di cento; ma cinque uccisioni non possono mai dar luogo ad un solo omicidio continuato, perchè non esiste un omicidio solo non continuato, dovuto all'uccisione di cinque persone. E questo che è detto per l'omicidio, va detto per tutti gli altri reati, che offendono direttamente la persona nell'integrità corporea, nella libertà, nell'onore.

E questa indagine oggettiva si riattacca nuovamente con l'indagine soggettiva, poichè, mentre si può con una sola risoluzione rubare quel che appartiene a mille persone diverse, per uccidere, ferire, imprigionare, stuprare due persone sono, invece, necessarie due risoluzioni, che restano sempre due, quantunque nascano assieme e siano avvinte dallo stesso scopo.

Ad ogni modo, tutti, — e anche chi crede che in ogni caso sia necessaria l'unicità del soggetto passivo —, sono d'accordo nel riconoscere che l'unicità del « soggetto passivo » non debba confondersi con l'« unicità del danneggiato ». In vero, esistono dei reati nei quali, pur potendosi avere più danneggiati, si ha tuttavia un solo soggetto passivo: la collettività e quindi lo Stato. Questo si verifica per quei reati, nei quali la continuazione deriva, come diceva il Mittermaier [1]), dalla qualità del delitto. Nella spendita di monete false o alterate, nella vendita di carta bollata, marche da bollo o francobolli contraffatti, nell'uso di falsi pesi o false misure, nel commercio di sostanze alimentari adulterate e pericolose alla salute, e simili, si ha un solo soggetto passivo, lo Stato che tutela tutta la collettività, mentre si hanno più danneggiati, e pure ciò non toglie che si abbia un sol reato, che, quando le altre condizioni vi siano, può anche essere permanente o continuato [2]).

Nè si dica che noi ci contraddiciamo, poichè può ben darsi che al reo non sia indifferente l'ingannare l'uno piuttosto che l'altro cittadino. Noi non ci contraddiciamo, perchè taluni di questi delitti appartengono alla famiglia dei delitti contro la fede pubblica e altri

---

1) MITTERMAIER, op. cit., loc. cit.

2) LUCCHINI, op. cit. loc. cit. — MASUCCI, op. cit., n. 77.

appartengono alla famiglia dei delitti contro l'incolumità pubblica, onde è ovvio che il soggetto passivo è lo Stato e non la persona danneggiata, e noi qui del soggetto passivo ci occupiamo e non dei danneggiati, che possono essere tanti e tanti, anche in uno di quei reati che chiamammo istantanei.

Se, in generale, non è necessaria l'unità del soggetto passivo, a maggior ragione, dunque, la continuazione non è esclusa dalla pluralità dei danneggiati.

20. Nel porre termine a queste ricerche, possiamo dire che la nozione del reato continuato sia oltremodo difficile, che non a torto il Carrara la chiama sottilissima [1]; e ricordiamo che, anzi, il Geyer la chiama addirittura una croce di cui i criminalisti vollero, senza ragione, caricare le loro spalle [2]. E, come se ciò non bastasse, si deve notare che, secondo quel che diceva il Carrara, con una apparente anfibologia, si chiama continuato proprio quel reato di cui la consumazione è discontinua [3]).

Possiamo, dunque, conchiudere con il Mittermaier che « ad ogni legislatore sarà difficile designare, con una regola legale, il concetto del reato continuato, in modo così preciso che, all'applicazione dei singoli casi, non sorga una quistione... » [4]).

II.

21. Il maggior numero delle legislazioni non conosce punto la nozione del reato continuato, la quale, si affida alle indagini quotidiane della giurisprudenza.

---

[1]) CARRARA, *Programma,* § 514.

[2]) GEYER, *Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht,* pag. 184. München 1884.

[3]) CARRARA, *Programma,* § 535.

In questo argomento, più che mai, si nota la diversità dei nomi e dei concetti, poichè dagli scrittori francesi si chiama, spesso, *continuo* quel reato che noi chiamiamo *permanente,* e *collettivo* quello che chiamiamo *continuato.* Confr. HAUS, *Principii generali di diritto penale,* vol. I, n. 348 e seg. Napoli 1877. — GARRAUD, *Traité thèorique et pratique de droit pénal français* vol. I, p. 140 e seg. Paris 1888. — PRINS, *Science pénale et droit positif* n. 179, 180. Bruxelles 1899.

[4]) MITTERMAIER, in FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts,* § 128. Giessen 1847.

Per vedere a quali difformità si arrivi, ricorderò la giurisprudenza formata sotto qualche legislazione, in Italia poco nota.

In Inghilterra ed in Irlanda, si nega la possibilità di un reato continuato, punendosi ogni azione punibile come un reato a sè [1]), mentre pare che, nella Scozia, invece, una tale possibilità non sia esclusa [2].

In Russia, nella pratica, si ritiene che sia reo d'un solo o di più furti, colui che ruba a più persone, secondo che esse siano in una stessa camera o in camere diverse. Ma, al contrario, colui che ruba ad una stessa persona denari, o altri oggetti qualunque, e documenti, sarà reo di due furti, perchè il furto d'oggetti è previsto dall'art. 1655 del codice delle pene criminali e correzionali e dall'art. 169 del codice delle pene inflitte dai giudici di pace, mentre il furto di documenti è previsto dall'art. 1657 di quel codice [3].

Pochissime legislazioni, dunque, parlano del reato continuato: e queste le dividiamo in due gruppi: in uno comprendiamo quelle che dànno una definizione, in un altro quelle che non la dànno.

Il reato continuato è definito dal codice di S. Marino, per cui vi è continuazione, quando i reati siano dipendenti da una sola risoluzione criminosa e siano commessi in un solo contesto d'azione (art. 46, n. 3) [4]). È anche definito dal codice olandese, per cui si ha un reato continuato, quando tra i fatti vi sia una tale connessità da doverli considerare come una sola azione continua (articolo 56) [5]).

È ovvio che, dopo quel che si è detto, da noi non possa accettarsi la definizione del codice di S. Marino: sia perchè non comprendiamo più l'unità di reato, dopo che si è parlato di più reati, sia perchè non comprendiamo l'elemento del medesimo contesto d'azione.

Il reato continuato non è definito dai codici svedese (Kap. IV, § 3) e finlandese (Kap. VII, § 2), i quali si limitano a dire che, quando vi sia continuazione, la pena si aggrava [6]).

Il codice austriaco, senza contenere alcuna definizione, dice che il delitto o la contravvenzione si aggrava, quando l'azione è con-

---

[1]) SCHUSTER, ne *La Legislation pénale comparée*, I, 652. Berlin, 1894.

[2]) MACDONALD, *A pratical treatise on the criminal law of Scotland*, p. 310. Edinburgh 1894.

[3]) La giurisprudenza è riportata sotto gli art. 152, 1655, 1657 del codice delle pene criminali e delle pene correzionali, nella redazione del 1901.

[4]) Confr. ZUPPETTA, *Testo del progetto del codice penale della repubblica di S. Marino*, art. 51. Napoli 1867.

[5]) BEUKELMAN, *Het voortgezette delict naar aanleiding van art. 56*. Leiden 1882.

[6]) THURGREN, *Sveriges rikes Straff-Lag*, pag. 12. Stockolm 1890.

tinuata per lungo tempo (§ 263). Invece, la continuazione dell'azione non è compresa tra le aggravanti il crimine (§ 44) [1]).

Il codice argentino (art. 86) e il codice del Paraguay (art. 178) richiedono, perchè sussista questa specie di reato, che la continuazione si svolga contro la stessa persona o contro la stessa cosa. Il codice chileno (art. 451) richiede che la continuazione si svolga contro la stessa persona ovvero contro diverse persone, ma nella stessa casa.

Il codice olandese, alla su citata nozione generica, aggiunge quest'altra: « si applica una sola disposizione penale, contro una persona riconosciuta colpevole di falso, di falsa moneta o d'alterazione di monete e di aver fatto uso dell'oggetto, per cui il falso, la falsificazione o l'alterazione di monete è stata commessa » (art. 56 cap.).

III.

22. Il codice sardo conosceva il reato continuato, ma non lo definiva, limitandosi a parlare di esso, quasi accidentalmente, a proposito della prescrizione (art. 144).

Il codice toscano, invece, definiva il reato continuato così: « *Più violazioni della stessa legge penale, commesse in uno stesso contesto di azione, o, anche in tempi diversi, con atti esecutivi della medesima risoluzione criminosa, si considerano per un solo delitto continuato; ma la continuazione del delitto accresce la pena entro i suoi limiti legali* » (art. 80).

23. Nel primo progetto d'un codice unico, cioè nel progetto De Falco del 26 gennaio 1866, non si parlava punto del reato continuato.

Di esso si parla, per la prima volta, nel progetto formato dalla sottocommissione della prima commissione, sottocommissione di cui facean parte l'Ambrosoli, il De Foresta e il Vaccarone. In questo progetto l'art. 72 diceva così: « *Più violazioni della stessa disposizione della legge penale, commesse in uno stesso contesto di azione, od anche in tempi diversi, ma con atti esecutivi della medesima risoluzione criminosa, non si considerano come più delitti concorrenti, ma come un solo delitto continuato* ».

Riunita la commissione, nell'11 febbraio 1867, l'Ambrosoli, dopo aver accennato alla grave difficoltà, incontrata nella redazione di

---

[1]) JANKA, *Das österreichische Strafrecht*, § 75 e seg. Prag 1884.

questo articolo, redazione che non gli pareva del tutto soddisfacente, diceva che si era, senza dubbio, migliorata la dicitura del codice toscano, perchè, lì dove questo parlava di violazioni della stessa legge penale, il progetto parlava di violazioni della stessa disposizione della legge penale, evitandosi così che potesse supporsi un delitto continuato nel fatto di chi viola tutto il codice penale, ma diceva anche che non gli sembrava abbastanza il parlare di una « *medesima risoluzione criminosa* », perchè si sarebbe potuto andare incontro al pericolo di considerare come un omicidio solo tanti omicidi diversi commessi per una medesima risoluzione. Il Conforti, nella stessa adunanza, manifestava dei dubbî relativi alla frase: « *od anche in tempi diversi* ». E il Carrara, per spiegarla, citava l'esempio del servo che ogni giorno rubi qualche cosa al padrone senza che possa perciò dirsi reo di tanti furti. Si proponeva di conservare l'elemento della medesima risoluzione criminosa, per evitare che si potesse credere che, ad aversi reato continuato, occorresse un sol danneggiato. La commissione, però, non riusciva a mettersi d'accordo, nè per determinare che cosa fosse una medesima risoluzione criminosa, nè per determinare la quantità di pena da infliggere, avendo il Carrara proposto che se le pene da infliggersi ai vari furti, considerati come distinti, fossero complessivamente minori della pena da infliggersi al reato continuato, si dovessero quelle pene applicare e non questa. Sembrò, quindi, più opportuno rimandare l'articolo in esame alla sottocommissione, perchè avesse tenuto conto di tutto quello che si era discusso [1]).

Nella seconda adunanza, in quella del giorno 17 febbraio dello stesso anno, il Carrara domandò perchè mai, nell'articolo che si esaminava, fosse stata sostituita la frase « *violazioni della stessa disposizione della legge penale* », all'altra, « *violazioni della stessa legge penale* », usata dal codice toscano; e aggiunse che egli faceva tale domanda perchè quel codice s'interpretò nel senso che la « *stessa legge penale* » significasse lo « *stesso articolo* », onde qualche magistrato opinò essere un delitto continuato l'infliggere più ferite gravi, ed essere, invece, più delitti concorrenti l'infliggere una ferita grave e una ferita lieve, benchè così nell'una come nell'altra ipotesi le ferite fossero inflitte in un solo contesto d'azione. Onde si arrivò, di conseguenza, ad applicare una sola pena, quella del delitto continuato in un caso, e ad applicare varie pene, quelle comminate per le varie ferite, nel-

---

[1]) Verbale 34, nell'opera *Il Progetto del Codice penale e di polizia punitiva pel Regno d'Italia*. Vol. I. Firenze 1871.

l'altro. L'Ambrosoli rispose che la frase « *stessa legge penale* » sembrava troppo vaga, potendo essa riferirsi allo stesso codice, o allo stesso titolo, o allo stesso articolo; che dovendosi evidentemente escludere che potesse riferirsi allo stesso codice, sembrava opportuno riferirla soltanto allo stesso articolo, perchè se fosse stata riferita anche allo stesso titolo, o allo stesso capo, si sarebbe allargato di troppo il concetto della continuazione, allargando troppo un trattamento di favore. Perciò si era scelta la frase: « *stessa disposizione di legge* »; ma però, di fronte alle errate applicazioni fatte con il codice toscano, egli dubitava della bontà della frase scelta. E l'articolo in esame fu rimandato di nuovo alla sottocommissione [1]).

Nella successiva seduta del 18 febbraio, l'Arabia propose questa definizione: « *Più violazioni della stessa disposizione della legge penale, deliberate in una sola risoluzione delittuosa ed eseguite con azione unica od anche interrotta, non si considerano come più delitti concorrenti, ma come un solo delitto. In tal caso la pena stabilita dalla legge non può essere applicata al minimo grado* ». Aperta la discussione, il Mancini disse che caratteri del reato continuato sono l'*unità della specie di delitto* e l'*unità di risoluzione criminosa*, e che, al contrario, l'unità di luogo, di tempo e di persona lesa sono caratteri del reato unico non continuato. Disse anche esser difficile poter racchiudere questi concetti in una breve definizione, ed esser opportuno, per necessità di cose, lasciare una certa latitudine ai giudici che valutano il fatto. Il Carrara notò che, quando vi sia unità di fatto, non vi è più reato continuato, e che vi è reato continuato quando vi sia unità per finzione giuridica. Il Mancini citò, ad esempi, il caso di chi, con un atto solo, uccida tre persone e il caso dell'esattore che falsifichi migliaia di ricevute; e da questi deduceva che, se non si formula una norma sicura, si corre il rischio di veder condannati quei rei per tre omicidi e per migliaia di falsità, con applicazione di pene esorbitanti. Dall'altra parte, egli riconosceva non essere sufficiente nemmeno il criterio dell'unità della risoluzione criminosa, poichè se il magistrato si affida ad essa soltanto può ritenere rei d'un sol delitto continuato — ciò che è assurdo — anche i componenti di un'associazione di malfattori, sol perchè hanno, con una sola risoluzione, deliberato di uccidere e derubare tutte le persone che incontrano per via. E poichè, dall'assieme della discussione, risultava che si era in qualche modo d'accordo che, per aversi continuazione, non fosse necessario che le

---

[1]) Verbale, n. 35 in op. cit., vol. I.

varie azioni dovessero violare lo stesso articolo del codice, e che bastasse invece che esse violassero articoli posti sotto la medesima denominazione legale, si decise di rinviare ancora la discussione, mentre ciaschedun commissario avrebbe cercato, per proprio conto, di redigere un articolo nel modo migliore [1]).

Finalmente, nell'adunanza del 18 luglio, il Tolomei annunciava che parecchi commissari avrebbero preferito omettere ogni nozione del reato continuato, credendo più opportuno affidarla alla giurisprudenza; ma, se una nozione si fosse voluta, egli e l'Ambrosoli avrebbero voluto che si fosse sostituita la parola « *capo* » alla parola « *titolo* », dicendosi, quindi: « *più fatti punibili compresi in un medesimo titolo...* ». Il Carrara, a questa conclusione, obiettava l'assurdo di punire, per un solo omicidio continuato, chi commette due omicidî in un solo contesto d'azione, mentre chi commette un omicidio e un ferimento sarebbe invece reo di due reati. Il De Foresta propose di riprodurre l'art. 80 del codice toscano che non aveva dato luogo ad alcun inconveniente, benchè applicato dai giurati. L'Ambrosoli rispose al De Foresta, ricordando le incertezze cui aveva dato luogo il codice toscano, e rispose al Carrara dicendo esser facile far sì che, in uno stesso capo, vengano compresi tutti i delitti della stessa specie. Tutti, quindi, si accordarono, proponendosi di sostituire la parola « *capo* » alla parola « *titolo* » [2]).

Nel progetto del 18 luglio 1867 la commissione proponeva un articolo, l'art. 71, così formulato: « *Più fatti punibili, compresi in un medesimo capo di questo codice, benchè commessi in tempi diversi, non si considerano come più delitti concorrenti, ma come un solo delitto, se furono l'effetto della medesima risoluzione delittuosa. La pena però stabilita dalla legge non può essere applicata nel minimo del grado* ».

Si direbbe, intanto, che questa novità legislativa non fosse a bastanza apprezzata, poichè le corti, invitate a dare il loro parere, non risposero. Risposero soltanto i procuratori generali di Ancona (sezione di Macerata), di Casale e di Firenze [3]).

Nell'adunanza del 23 gennaio 1868, il De Foresta diceva che un articolo sul reato continuato, — articolo difficile a redigere, poichè è difficile dire quando più reati, specialmente se commessi in tempi diversi, siano l'effetto d'una stessa risoluzione —, forse non era più

[1]) Verbale, n. 36 in op. cit., vol. I.

[2]) Verbale, n. 42 in op. cit., vol. I.

[3]) SPECIALE, *Progetti comparati del Codice penale pel Regno d'Italia*, pag. 347. Roma 1870.

necessario, poichè era stato modificato il sistema del cumulo, quel sistema che, fino a quel giorno, aveva fatto nascere il timore d'una eccessiva asprezza nell'applicazione delle pene. Fu, di conseguenza, deciso di sopprimere l'articolo progettato [1]).

La commissione ministeriale del 1876, nell'adunanza del 5 giugno 1876, approvò l'art. 86 del progetto senatorio, aggiungendovi un paragrafo, il paragrafo secondo, così concepito: « *Più violazioni della stessa legge penale commesse in uno stesso contesto d'azione, o anche in tempi diversi, con atti esecutivi della medesima risoluzione criminosa, si considerano per un solo reato continuato; la continuazione del reato accresce la pena entro i limiti relativamente determinati* ».

La magistratura, intanto, mentre accettava la nozione del reato continuato, si mostrò, per lo più, tendente ad escluderla dal codice, reputando sufficiente il criterio del giudice, al quale nulla avrebbe impedito di ravvisare, quando se ne fosse presentato il caso, un reato unico in una successione di azioni [2]).

Il Mancini mantenne il reato continuato nel suo progetto del 25 novembre 1876, e così ne dava la nozione: « *Più violazioni della stessa legge penale, commesse in uno stesso contesto di azione, o anche in tempi diversi, con atti esecutivi della medesima risoluzione criminosa, si considerano per un solo reato continuato* » (art. 83, § 2).

E nella Relazione egli diceva: « la pluralità delle violazioni di legge penale rimane unificata quando vi sia unità di determinazione congiunta ad unità di legge violata. Tradotta in legge questa teoria, la cui verità non può revocarsi in dubbio, la magistratura italiana saprà distinguere quando le azioni, benchè molteplici, costituiscano il *reato continuato* e quando, per contrario, in ciascuna di esse debba ravvisarsi un separato maleficio, di guisa che di tanti reati, quant'esse sono, debba il colpevole rispondere; come l'identità *della risoluzione criminosa,* sotto il cui impulso si continui a delinquere, non abbia a confondersi coll'*identità di passione criminosa,* che può spingere un malfattore a reiterare i reati, per ognuno dei quali la risoluzione criminosa rinasce e si rinnova » [3]).

Questo paragrafo secondo, proposto nell'art. 83 del progetto Mancini, fu, senza discussione, approvato dalla Camera dei deputati

---

[1]) Verbale 53 nell'opera *Il progetto del Codice penale e di polizia punitiva pel Regno d'Italia,* vol. I. Firenze 1871.

[2]) *Sunto delle osservazioni e dei pareri della magistratura..,* pag. 282. Roma 1877.

[3]) Relazione MANCINI, XXVII.

nella tornata del 2 dicembre 1877. Nel progetto del 7 dicembre 1877, il paragrafo conservò l'istesso posto e l'articolo che lo conteneva fu l'art. 76.

Nel primo progetto Zanardelli, il progetto del 1880, l'art. 69 dava così la nozione del reato continuato: « *Più violazioni della stessa legge penale, commesse in uno stesso contesto di azione, od anche in tempi diversi, con atti esecutivi della medesima risoluzione criminosa, si considerano per un solo delitto continuato* ».

Questo articolo fu riprodotto dall'articolo corrispondente del progetto Savelli del 26 novembre 1883, e non fu modificato dal Pessina.

Nel controprogetto della commissione della Camera dei deputati, si disse invece: « *Più violazioni della stessa legge penale dipendenti da una risoluzione criminosa e commesse nello stesso tempo, o anche in tempi diversi, ma in modo che gli atti esecutivi costituiscano una medesima azione, si considerano per un solo reato. In questi casi non sarà mai applicato il minimo della pena* » (art. 81).

Nel progetto Taiani del 23 novembre 1886, l'art. 81 diceva: « *Più violazioni della stessa legge penale, commesse in uno stesso contesto d'azione, od anche in tempi diversi, con atti esecutivi della medesima risoluzione criminosa, si considerano per un solo reato continuato. In questi casi non sarà mai applicato il minimo della pena* ». E nella Relazione, che accompagnava il progetto, si dava specialmente ragione del perchè si proponesse di non permettere l'applicazione del minimo della pena. « La scienza è concorde, si diceva, nel riconoscere che, se la continuazione vale ad escludere le pene più gravi le quali deriverebbero dal concorso di reati, è però essa stessa una causa di aggravamento del reato che si considera continuato. E la ragione di questo aggravamento consiste nel perdurare che fa l'agente nella risoluzione criminosa » [1]).

24. Nel progetto Zanardelli del 22 novembre 1887, l'art. 74 diceva così: « *Più violazioni della stessa disposizione di legge penale, anche se commesse in tempi diversi, con atti esecutivi della medesima risoluzione delittuosa, si considerano per un solo reato; ma in questo caso la pena è aumentata da un sesto ad un terzo* ».

Nella Relazione si dice: « nella formula adottata mi parve conveniente specificare meglio come la violazione debba riferirsi non al complesso di una legge penale, ma ad una disposizione singola di essa, e togliere l'ipotesi delle più violazioni commesse in uno

---

[1]) Relazione TAJANI. XXI.

stesso contesto di azione, nel qual caso veramente non si saprebbe concepire il reato continuato, uno dei cui estremi è la pluralità delle azioni » [1]).

E nella Relazione Villa, approvandosi l'aumento di pena sostituito al divieto d'applicare il minimo, si legge: « il reato continuato, per fermo, è una forma di delinquenza intermedia tra l'unità e il concorso di reati, poichè se del reato unico ha l'unità di risoluzione criminosa, ha della pluralità di reati la molteplicità dei fatti lesivi e l'insistenza nei propositi antigiuridici » [2]).

Nulla si disse nella Relazione Pessina [3]).

Questo articolo fu esaminato dalla commissione di revisione nell'adunanza del 27 febbraio 1889 [4]).

Il Lucchini disse che si era cancellata la parola « *delittuoso* », che avrebbe potuto dar luogo ad interpretazioni restrittive. Il Canonico osservò che le parole « *medesima risoluzione* » avrebbero potuto far credere che sia reo d'un sol furto colui che, con una sola risoluzione, commette più furti a danno di diverse persone. L'Eula rispose che l'appartenere le cose rubate a diverse persone non esclude, necessariamente, il reato continuato, specialmente quando esse si conservino nello stesso luogo. Il Faranda notò come l'unicità di risoluzione valga a rimuovere ogni dubbio, propose che, alle parole: « *anche se commessi in tempi diversi* », si aggiungessero le altre « *e in danno di diverse persone* », non essendo necessaria alla continuazione l'unicità del soggetto passivo, e conchiuse con l'affidare alla commissione il compito di vedere se fosse opportuno aggiungere anche l'inciso « *e in luoghi diversi* ». Il Calenda disse di non accettare tali aggiunte, lasciando al magistrato il vedere, caso per caso, se vi fosse o no continuazione, e disse ancora che alle parole « *medesima risoluzione* », fosse più opportuno di sostituire le altre « *unica risoluzione* ». Il Brusa propose di mantenere il testo della sottocommissione, poichè l'unicità della risoluzione potrebbe dar luogo a delle difficoltà, essendo ben dubbio se i fatti, che compongono il reato continuato, siano singolarmente gli effetti di un'unica risoluzione, disse ancora di reputare inutili le aggiunte proposte dal Faranda. Il Puccioni propose che l'aumento di pena potesse spaziare, non da un sesto ad un terzo, ma da un sesto alla metà, per far sì che il giudice potesse meglio adattarlo

---

[1]) Relazione ZANARDELLI, sul secondo progetto, LXII.
[2]) Relazione della Camera dei deputati (VILLA), XCIX.
[3]) Relazione senatoria (PESSINA), c. III, § 9.
[4]) Verbali della Commissione, verbale n. XIV.

alle varie pluralità d'azioni. Con l'aggiunta di quanto fu proposto dal Puccioni, l'articolo venne approvato.

25. Per il nostro codice adunque, la nozione del reato continuato è data dall'art. 79 nel modo seguente:

« *Più violazioni della stessa disposizione di legge, anche se commesse in tempi diversi, con atti esecutivi della medesima risoluzione, si considerano per un solo reato; ma la pena è aumentata da un sesto alla metà* ».

Nulla si disse nella Relazione al Re.

Come si vede, nel codice nostro, di fronte al codice toscano, vi sono due notevoli progressi. Non si parla più di violazione d'una « *stessa legge penale* », ma si parla di violazione d'una « *stessa disposizione di legge* », per evitare che si possa ammettere la continuazione in fatti non troppo simili, e non s'incontra più la frase indicante « *uno stesso contesto d'azione* », perchè il reato continuato non può non commettersi in tanti tempi diversi, quantunque paia che l'inciso « *anche . . . in tempi diversi* » non escluda la possibilità d'un reato continuato commesso in uno stesso tempo.

Un altro notevole progresso segna il testo del codice sul testo del progetto, poichè venne sostituita la parola « *risoluzione* » alle parole « *risoluzione delittuosa* », per estendere naturalmente la possibilità della continuazione anche alle contravvenzioni [1]).

Le parole « *più violazioni . . . si considerano per un solo reato* » dicono, in modo assai ovvio, che per il nostro codice ,— a differenza di quel che noi abbiamo sostenuto nel campo teorico —, il reato continuato non è una unità reale, ma un'unità fittizia e giuridica.

---

[1]) ARABIA, *I principii del diritto penale applicati al Codice italiano*, n. 197. Napoli 1891. — CASTORI, *Concorso di reati e di pene*, cap. IV nel *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale* pubblicato dal COGLIOLO, vol. I, p. III. Milano 1889. — CIANCI, *Saggi critici di giurisprudenza penale : i reati simultanei, complessi e continuati*. Napoli 1886. — CIVOLI, *Manuale di diritto penale*, n. 162. Milano 1900. — CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, vol. IV, pag. 290 e seg. Torino 1892. — FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, pag. 347. Milano 1901. — GIACHETTI, *Dei reati e delle pene in generale*, vol. III, tit. VII. cap. III. Firenze 1890. — IMPALLOMENI, *Il Codice penale italiano illustrato*, vol. I. n. 132 e seg. Firenze 1890. — LONGO, *Trattato di codice penale*, pag. 375. Trani 1894. — MAJNO, *Commento al Codice penale*, vol. I, n. 405. e seg. Verona 1890. — MASUCCI, op. cit., n. 60 e seg. — MIANI, *Recidiva, reiterazione e continuazione nei reati*. Napoli 1890. — NAPODANO, *Il diritto penale italiano nei suoi principii*, p. I, pag. 187. Napoli 1895. — PESSINA, *Il nuovo Codice penale italiano*, p. I, pag. 119. Milano 1890. — PINCHERLI, *Il Codice penale italiano annotato*, pag. 129. Torino 1890. — TRAVAGLIA, *Guida pratica per l'interpretazione e applicazione del Codice penale italiano*, I, 114. Forlì 1889-90. — TUOZZI, *Corso di diritto penale*, vol. I, pag. 233. Napoli 1890.

La giurisprudenza ha poi deciso che questa forma di delinquenza sia contrassegnata da un'unica risoluzione criminosa [1]), la quale, s'intende, non deve confondersi con l'identica spinta a delinquere [2]), nè con l'identica passione [3]). Di conseguenza, non vi è reato continuato quando si faccia una generica risoluzione di vivere rubando o di commettere delitti sempre che se ne presenti l'occasione [4]), ovvero si commettano diversi falsi e le falsità siano fatte a danno di diverse persone, in tempi e luoghi diversi, e non per un'identica risoluzione, ma per un'identica passione [5]).

Nello stesso modo, si è anche spiegato che « l'unicità di risoluzione si deve intendere nel senso che la stessa intenzione accompagni ogni fatto delittuoso senza potersi esigere che tutti fossero preordinati e prestabiliti dall'agente . . . ; e quindi è indifferente che ciascun fatto trovi una causa occasionale nell'opèrare della persona offesa » [6]). Ma questo l'accettiamo, sol quando si intenda che sia preordinata e prestabilita l'intenzione generale, in cui, potenzialmente, son compresi i singoli fatti posteriori. Le azioni debbono essere varie e discontinue, in modo che il reato continuato si appalesi come una forma intermedia tra l'unità ed il concorso di reati [7]).

Ad esempio: si è deciso che sia reato continuato l'aprire e il tenere aperto un esercizio senza licenza dell'autorità [8]) e che possa incontrarsi continuazione nella diffamazione [9]).

L'unica « *risoluzione* », — che corrisponde all'unica *volizione* o all'unico *dolo* e che non si confonde con l'unico *scopo*, che può comprendere più *risoluzioni* —, deve dar luogo a più azioni.

Le varie azioni debbono violare la stessa disposizione di legge.

Così si è deciso che non è reato continuato la creazione della cambiale falsa e l'uso di essa [10]).

---

1) Cassazione penale, 17 novembre 1891 (*Rivista penale*, XXXV, 427); 16 novembre 1892 (*Rivista penale*, XXXVIII, 574, n. 1); 15 maggio 1893 (*Rivista penale*, XL, 592, n. 4); 20 luglio 1894 (*Rivista penale*, XL, 402).

2) Cassazione penale, 20 luglio 1894 (*Rivista penale*, XL, 402); 4 marzo 1899 (*Rivista penale*, XLIX, 538).

3) Cassazione penale, 28 maggio 1890 (*Rivista penale*, XXXII, 383).

4) Cassazione penale, 5 gennaio 1893 (*Cassazione unica*, IV, 487).

5) Cassazione penale, 28 maggio 1890 (*Monitore dei tribunali*, 1890, 750).

6) Cassazione penale, 9 dicembre 1895 (*Rivista penale*, XLIII, 166).

7) Cassazione penale, 19 aprile 1893 (*Giurisprudenza penale torinese*, 1893, 242).

8) Cassazione penale, 22 aprile 1897 (*Giustizia penale*, III, 764).

9) Cassazione penale, 11 maggio 1898 (*Cassazione unica*, IX, 1023). In senso contrario, avea deciso nel 7 gennaio 1898 (*Cassazione unica*, IX, 394). Ma, evidentemente, l'esser costituita la diffamazione dalla propalazione fatta a più persone non esclude che, dopo una propalazione, se ne possano commettere altre.

10) Cassazione penale, 31 gennaio 1901 (*Rivista penale*, LIII, 593).

alle varie pluralità d'azioni. Co[illegible] Puccioni, l'articolo ve[illegible]

25. Per il [illegible] è data d[illegible]

« Pi[illegible] messe [illegible] si c[illegible] ses[illegible] Ma bisogna bene intendere il significato della frase: « stessa disposizione di legge ». Sarebbe errore intenderla come l'intese la Corte di cassazione, quando decise che non possa darsi continuazione tra la lesione personale prevista dalla prima parte dell'art. 372 cod. pen. e la lesione personale prevista dal numero primo dello stesso articolo [1]. E sarebbe errore, poichè l'identità della disposizione di legge altro non rappresenta che la condizione necessaria perchè si abbia un'unica risoluzione criminosa, — e, secondo noi, nel campo teorico, la condizione necessaria perchè si abbia anche una sola lesione giuridica —, mentre invece il volere la violazione di due disposizioni diverse, significa volere due reati diversi, — costituiti, per noi, da due diverse lesioni —, reati diversi, che debbono originarsi da due intenzioni diverse, benchè formate nello stesso tempo.

Di conseguenza, l'identità di disposizione di legge violata bisogna intenderla come identità di reato, intesa nella sua essenza, ossia come identità di diritto leso in quel determinato modo, e non come identità di diritto astratto, nè come nominale identità di articolo o di capoverso o di numero.

Quindi, vi è una continuazione tra furto semplice e furto qualificato, poichè il reo vuol sempre commettere un furto ed un furto commette, e non importa che, mentre egli si allontana, il denaro sia messo nello scrigno; viceversa, non vi è continuazione tra furto, truffa, appropriazione indebita, poichè, se il diritto astratto aggredito è lo stesso, è ben diverso il modo con cui lo si aggredisce, per cui si hanno tante diverse aggressioni di tante norme tutelate da diverse disposizioni di legge, le quali, d'altronde, come tali si presentano alla coscienza del reo, quantunque in essa fossero nate insieme. A maggior ragione, non può esservi continuazione tra furto e rapina.

D'accordo la giurisprudenza ha ritenuto, che vi sia continuazione tra furto semplice e furto qualificato, considerando che la diversità loro cada su d'una accidentalità e non sulla sostanza della disposizione di legge violata [2]).

Da ciò si ricava che se una delle azioni sia qualificata, è qualificato tutto il reato [3]).

---

[1]) Cassazione penale, 21 novembre 1895 (*Giustizia penale*, I, 1536). In senso contrario, cioè che ferimento grave e gravissimo possano costituire continuazione: Cassazione penale, 6 marzo 1896 (*Giustizia penale*, II, 306).

[2]) Cassazione penale, 16 maggio 1902 (*Giustizia penale*, VIII, 907).

[3]) Nello stesso senso, IMPALLOMENI, op. cit., vol. I, loc. cit. Il LISZT (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 55. Berlin 1898) esclude il reato continuato nel caso di chi, prima, ruba in uno scrigno aperto e poi, trovandolo chiuso, lo rompe.

Ma, per quel che riguarda la continuazione nelle lesioni personali, bisogna intendersi, poichè la giurisprudenza, cui si è accennato or ora, si riferisce a casi in cui era pluralità di soggetti passivi; onde noi vi abbiamo ricorso per vedere il concetto che essa ha della « stessa disposizione di legge », e non per accettarne la soluzione definitiva, chè, anzi, abbiamo già dimostrato l'impossibilità della continuazione in simili reati.

Dunque, per noi, può discutersi intorno alla lesione personale continuata, sol quando le varie lesioni siano inflitte, con un'unica risoluzione, alla stessa persona. Come questo potrebbe avvenire? Evidentemente, non può parlarsi di lesione continuata quando la lesione minore sia un tentativo della lesione maggiore, inflitta dopo, e non può parlarsene per le ragioni che incontreremo tra poco. Può sorgere il problema della lesione continuata sol quando, per un'unica risoluzione, si vogliano infliggere e s'infliggano alla stessa persona più lesioni, in tempi diversi, e senza che l'una sia il tentativo o l'esaurimento dell'altra, ipotesi che si verificherebbe quando, per effetto d'una sola risoluzione, si cavasse, oggi, un occhio ad una persona, alla quale, ieri, si era prodotto uno sfregio permanente del viso. In questa seconda ipotesi, potrebbe parlarsi secondo il nostro codice, di lesione continuata, ma noi, anche messi da parte i nostri convincimenti scientifici, dubitiamo assai che due diverse lesioni personali possano essere l'effetto d'una sola risoluzione.

Ma non possiamo essere d'accordo con l'Escobedo quando crede che si dovrebbe, *de jure condendo,* poter far sempre la prova dell'unicità di risoluzione, per poter passare, di conseguenza, alla continuazione, che s'incontrerebbe, se non nei reati eterogenei, certo nei reati omogenei [1]). Non possiamo essere d'accordo con lui, poichè — nell'esempio da lui citato — chi ferisce la moglie ed uccide l'amante di lei può aver formato il doppio disegno in un momento solo, ma certamente in quel momento egli aveva coscienza d'un doppio reato. Chè, del resto, se ci si mette su di questa via, dovrebbe ammettersi continuazione anche nei delitti eterogenei, perchè nulla vieta che, in un sol momento, si formi il disegno di ferir l'uno e di derubare l'altro. A ciò si aggiunga che, *de jure condendo,* il reato continuato dovrebbe essere un reato unico realmente e non per finzione, mentre, nell'esempio suo, non può nemmeno sospettarsi che non si abbiano più lesioni.

Così siamo ritornati nel problema relativo all'unicità del soggetto passivo.

---

[1]) ESCOBEDO, nella *Giustizia penale,* II, 306.

Nella giurisprudenza formata sotto il codice sardo, si ammise la possibilità d'un ferimento continuato [1]) e perfino la possibilità d'un omicidio continuato [2]), quando le persone offese fossero diverse, ma i colpi fossero il risultato d'una risoluzione unica.

Sarebbe stato desiderabile che la nuova giurisprudenza, la giurisprudenza formata col nuovo codice, avesse bandito, e per sempre, questo che a noi pare un assurdo; e avrebbe dovuto bandirlo, sia in omaggio ai principii esposti, sia per il significato letterale della parola « *risoluzione* » usata dal codice, parola, che, come dicemmo, non significa punto « *scopo* ».

Ma, sventuratamente, non è stato così, perchè la Cassazione, prima, ha, pare impossibile, scorto un'omicidio continuato, nel fatto di chi, esplodendo a fine d'uccidere più colpi contro un suo nemico, questo ferì e uccise un tale che passava [3]); e poi ha, a dirittura, deciso che si riscontri un'omicidio continuato quando, con una medesima risoluzione, si uccidono due persone diverse! [4]). Similmente, ha ammesso, come dicemmo, la possibilità della continuazione, nel caso di lesioni inflitte a più persone! [5]).

Come si è detto, la continuazione si applica anche alle contravvenzioni.

Per l'art. 10 del codice penale, si applica anche ai reati che sono previsti dalle leggi speciali, quando non vi sia una deroga espressa, ovvero un'incompatibilità nascente dalla natura stessa delle cose.

Di conseguenza, fu ammessa la continuazione in tema di bancarotta [6]) e di violazione alla legge sull'emigrazione [7]), non fu am-

---

[1]) Cassazione di Palermo, 10 luglio 1882 (*Rivista penale*, XVII, 246); Cassazione di Torino, 9 ottobre 1885 (*Giurisprudenza penale*, 1885, 501).

[2]) Cassazione di Palermo, 30 dicembre 1886 (*Rivista penale*, XXV, 355); 17 agosto 1888 (*Rivista penale*, XXVIII, 447).

[3]) Cassazione penale, 28 ottobre 1891 (*Rivista penale*, XXXV, 43). Confr. 18 dicembre 1891 (*Cassazione unica*, III, 218).

[4]) Cassazione penale, 27 febbraio 1901 (*Giustizia penale*, VII, 393). — Corte d'appello di Napoli, 13 settembre 1892 (*Rivista penale*, XXXVII, 158). Questa sentenza, con la sua motivazione, mostra, in modo evidente, come sia assurdo ritenere responsabile d'un solo omicidio chi ha voluto uccidere ed ha ucciso due persone diverse, benchè con lo stesso scopo e nello stesso tempo.

[5]) Vedi la giurisprudenza citata nella nota 1 della pagina, che precede la precedente.

[6]) Cassazione penale, 5 marzo 1890 (*Corte suprema di Roma*, 1890, 155); 6 marzo 1890 (*Cassazione unica*, I, 255); 21 aprile 1890 (*Foro italiano*, 1890, II, 399); 13 maggio 1890 (*Rivista penale*, XXXII, 518).

[7]) Cassazione penale, 10 aprile 1893 (*Foro italiano*, 1893, II, 294).

messa in tema di violazione alla legge sul bollo [1]), in tema di lotterie [2]) e di poste [3]). Si dubita se debba ammettersi nella renitenza alla leva [4]).

La continuazione, come si disse, viene interrotta dall'azione giudiziale. Onde si è, a ragione, deciso che sia reo di due reati distinti e non d'un solo reato continuato colui che, dopo essere stato condannato per aver disboscato un terreno, ritorni a disboscarlo di nuovo [5]).

Spesso, si discute se questa della continuazione sia una quistione di fatto o una quistione di diritto [6]). Ma, in fondo, non può esservi disaccordo poichè essa ora è una questione di fatto, ora è una questione di diritto. Il ritenere, ad esempio, tutte le azioni come i momenti successivi di un'unica risoluzione, è, senza dubbio, quistione di fatto. Similmente, il ritenere che un reato si consumi, non con una sola, ma con diverse azioni, è, senza dubbio, anch'essa una questione di fatto. Ma il determinare se quei vari fatti violino la stessa disposizione di legge, ovvero disposizioni diverse, costituisce, al contrario, una evidente quistione di diritto.

La continuazione non può dedursi, per la prima volta, in cassazione [7]).

Per quel che riguarda la misura della pena, si è deciso che la diminuzione, per le attenuanti, è compensata dall'aggravante prodotta dalla continuazione [8]); che, nel dubbio se si abbia un reato continuato o più reati, si applica la pena più mite [9]); che l'au-

---

[1]) Cassazione penale, 21 marzo 1890 (*Monitore dei tribunali,* 1890, 651).

[2]) Corte d'appello di Genova, 29 ottobre 1890 (*La Legge,* 1890, II, 751.

[3]) Cassazione penale, 20 ottobre 1890 (*Cassazione unica,* II, 43).

[4]) Alle volte, si è ritenuto che la renitenza alla leva sia reato permanente — Cassazione penale, 27 maggio 1891 (*Foro italiano,* 1891, II, 280); — alle volte, invece, si è ritenuto che sia reato continuato — Cassazione penale, 21 maggio 1890 (*Diritto e Giurisprudenza,* VI, 189), 27 febbraio 1892 (*Rivista penale,* XXXV, 503). Su tale argomento torneremo tra poco.

[5]) Cassazione penale, 14 novembre 1891 (*Cassazione unica,* III, 259).

[6]) Che sia questione di fatto, è stato deciso dalla Cassazione con le sentenze del 7 luglio 1890 (*Rivista penale,* XXXIII, 108), 4 dicembre 1891 (*Rivista penale,* XXXV, 173) e 4 marzo 1899 (*Rivista penale,* XLIX, 538); che sia quistione di diritto, è stato deciso, invece, dalla stessa Corte, con sentenza del 6 giugno 1894 (*Rivista penale,* XL, 213).

[7]) Cassazione penale, 19 febbraio 1890 (*Rivista penale,* XXXII, 320), 16 novembre 1891 (*Cassazione unica,* III, 365), 17 novembre 1891 (*Cassazione unica,* III, 348), 10 marzo 1892 (*Foro italiano,* 1892, II, 318).

[8]) Cassazione penale, 9 dicembre 1890 (*Rivista penale,* XXXIII, 313).

[9]) Cassazione penale, 23 novembre 1891 (*Corte suprema di Roma,* 1891, 812).

mento di pena, derivante dalla continuazione, non è una circostanza da calcolarsi, in concorso di circostanze diminuenti, prima di queste, a sensi dell'art. 29 del codice penale, ma, poichè esso si riferisce al sistema del cumulo giuridico che ha luogo nel concorso di più reati, bisogna (prima di operare un tal cumulo) fissare la pena concreta, che sarebbe dovuta al reato considerato come unico [1]).

Sorge qui un dubbio: s'incontrano insieme la continuazione e l'aggravante del valore prevista dall'art. 431 — per cui si può accrescere la pena — nel caso d'un ladro che, con le sue azioni successive, rubi tante cose che complessivamente abbiano un valore molto rilevante?

Dissi altra volta, e ora ripeto, che il problema non sarebbe forse nato, se non si fosse sostenuto, e basti citare il Carrara, che la teoria della continuazione sia fatta esclusivamente a scopo benigno; onde, nei casi in cui la somma dei valori nuoce al reo, bisognerebbe abbandonare la figura del furto continuato, per accettare, invece, quella di tanti e diversi furti [2]). Questa è l'opinione che si trova, anche, nel Giachetti [3]), nel Castori [4]), nel Micela [5]).

Così decise anche la Cassazione di Firenze [6]). Nè esistono finora decisioni della nostra Corte suprema.

Noi però — e siamo in ciò d'accordo col Marciano [7]) — abbiamo un'opinione diversa, sia perchè, come si è detto, l'origine storica di un istituto (anche ammessa una tale origine) è cosa ben diversa dalla sua giustificazione attuale; e sia perchè non ci par giusto, nè opportuno, nè degno l'introdurre nel codice un istituto che, a seconda che sia incomodo o comodo per il colpevole, sparisce o apparisce. Quindi crediamo che, anche in questa ipotesi, rimanga il furto continuato, ed il giudice vedrà se, all'aumento obbligatorio decretato dall'art. 79, si debba aggiungere anche l'altro facoltativo dell'art. 431.

26. Un grave problema sorge a proposito della falsa testimonianza. Colui, che ripete la sua falsa testimonianza, è reo di

---

[1]) Cassazione penale, 15 maggio 1893 (*Rivista penale*, XXXVIII, 507).

[2]) CARRARA, *Programma*, § 520, nota.

[3]) GIACHETTI, op. cit., vol. III, pag. 282.

[4]) CASTORI, op. cit., pag. 1400.

[5]) MICELA, *Trattato sulle qualifiche del furto*, pag. 78. Palermo 1897.

[6]) Cassazione di Firenze, 24 dicembre 1859 (*Annali della giurisprudenza toscana*, 1859, I, 687), 29 aprile 1868 (*Annali della giurisprudenza italiana*, 1868, parte penale, 105).

[7]) MARCIANO, *Il titolo decimo del codice penale italiano*, pag. 434. Napoli 1890.

più reati concorrenti, è reo d'un sol reato continuato, è reo d'un sol reato istantaneo?

Possono presentarsi due ipotesi diverse, secondo che la ripetizione avvenga prima di qualcheduno dei provvedimenti decretati dall'art. 216 del codice penale, ovvero avvenga dopo.

Cominciamo dalla prima ipotesi.

Bisogna subito escludere che s'incontri un concorso di reati: l'evidente unicità di risoluzione criminosa e l'identità della legge violata lo eliminano senza dubbio, poichè chi delibera di mentire, delibera di mentire durante tutto il processo.

Il dubbio, dunque, resta tra il reato continuato ed il reato istantaneo.

La prima opinione è del Binding [1]), dello Hälschner [2]), dello Schwarze [3]). La seconda è del Carrara [4]), del Liszt [5]), del Perroni-Ferranti [6]), del Pola [7]).

La prima opinione si basa su di una falsa apparenza; la seconda, invece, ci pare l'opinione giusta.

Cominciamo con notare che, se si guarda il furto continuato, subito vediamo come, pur essendo in esso una sola lesione giuridica (e secondo il codice, più lesioni), nondimeno il danno cresce come cresce il numero delle azioni che attuano la risoluzione criminosa. La falsa testimonianza, invece, è un delitto formale: cada o non cada in inganno il magistrato, ciò nulla importa. Quindi, la ripetizione di essa non aumenta il danno, chè, altrimenti, bisognerebbe dimostrare come il magistrato si sia ingannato appunto in vista di tale ripetizione. Questo argomento, evidentemente, non ha, per la nostra tesi, un valore assoluto, ma non è, però, da trascurarsi.

Ma un argomento invincibile — argomento cui anche altri ha accennato [8]) — si ricava dall'art. 216 del codice penale, da quell'articolo cioè che decreta l'impunità per il falso testimone, il quale ritratti il falso e manifesti il vero prima che l'istruzione sia chiusa con sentenza od ordinanza di non farsi luogo a procedimento o prima che il dibattimento sia chiuso, o prima che la causa sia

---

[1]) BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, 558. Leipzig 1885.

[2]) HAELSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, II, 916. Bonn 1884-87.

[3]) SCHWARZE, op. cit. p. 464.

[4]) CARRARA, *Iterazioni immaginarie*, in *Opuscoli*, VI.

[5]) LISZT, *Meineid und falsches Zeugniss*, 206. Wien 1876.

[6]) PERRONI-FERRANTI, *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, pag. 79, nel *Completo trattato di diritto penale* pubblicato dal COGLIOLO, vol. II, p. I A. Milano 1890.

[7]) POLA, *L'art. 79 Cod. pen. e la falsa testimonianza*, nella *Giustizia penale*, III.

[8]) POLA, op. cit., loc. cit.

rinviata ad altra udienza a cagione della stessa falsa testimonianza.

Se la falsa testimonianza fosse un reato continuato che cosa avverrebbe? O la ritrattazione di cui parla l'art. 216 estende la sua efficacia soltanto sull'ultima deposizione e non sulle precedenti, le quali, di conseguenza, vanno punite; e allora balzerebbero chiarissime due conseguenze erronee: si violerebbe lo spirito dell'art. 216 e si renderebbero impossibili le ritrattazioni, poichè il reo, con la sua ritrattazione, guadagnerebbe l'impunità per l'ultima deposizione e darebbe la prova della reità per le altre deposizioni precedenti. Ovvero l'art. 216 estende la sua efficacia su tutte le deposizioni, sull'ultima come sulle precedenti, e allora balzerebbe subito la differenza tra la falsa testimonianza e i reati continuati, poichè, — mentre nel furto continuato il pentimento nell'ultima azione non esclude il reato nelle azioni precedenti, salvo a ridursi così tutto quel che rêsta di criminoso ad un furto non continuato —, nella falsa testimonianza, invece, la ritrattazione cancella tutto. Ciò significa che, nel reato continuato, ogni singola azione ha tutti gli elementi d'un reato, e che nella falsa testimonianza il reato sorge quando la menzogna non si ritratta.

L'art. 216 ci dice, poi, chiaramente, come per questa soluzione, non importa distinguere tra deposizioni ripetute durante il pubblico dibattimento e deposizioni ripetute in questo e nel periodo istruttorio.

In Italia, un tribunale decise che non si possa avere un secondo reato di falsa testimonianza [1]) e un altro tribunale, invece, ammise la possibilità d'una falsa testimonianza continuata [2]).

La Corte suprema decise che la ritrattazione è operativa sia per l'ultima che per le precedenti deposizioni. E ragionava così: incriminando la deposizione posteriore, « peggio che contraddire il principio per cui *nemo tenetur confiteri turpitudinem suam,* si crea addirittura un delitto nuovo per il delinquente che rifiuta d'invocare da sè sopra sè stesso, con la confessione, il rigore della punitiva giustizia. Se pur si potesse ritenere, per la pluralità delle false testimonianze in uno stesso processo penale, comunque tra loro identiche, pluralità corrispondente di delitti di falsità giudiziale, ciò evidentemente potrebbe stare soltanto quando il tempo utile alla ritrattazione s'intendesse aperto per tutte; appunto perchè, in caso diverso, la ritrattazione, anzichè a vantaggio, agirebbe quale confessione a danno del confitente » [3]).

---

[1]) Tribunale di Catania, 16 febbraio 1875 (citato dal PERRONI-FERRANTI, op. cit., loc. cit.).

[2]) Tribunale di Pallanza, 7 aprile 1897 (citato dal POLA, op. cit., loc. cit.).

[3]) Cassazione penale, 4 aprile 1900 (*Rivista penale*, LIII, 79).

Diversa, invece, è la soluzione, quando si ripeta la falsa testimonianza, in un posteriore giudizio, dopo uno dei provvedimenti dell'art. 216, ovvero dopo una sentenza di condanna.

Qui, per quel che dicemmo, la continuazione è spezzata. Qui sorge un fatto nuovo, il quale, contrariamente all'opinione del Carrara [1]), non può fondersi e confondersi con il primo; e, se vuol lasciarsi impunito, ciò può farsi solo per una ragione d'equità, poichè ripugna assoggettare a pena la riluttanza a confessare, modificando il contenuto delle proprie attestazioni, d'avere una prima volta mentito.

27. Può ammettersi continuazione tra tentativo e tentativo e tra tentativo e consumazione?

La questione è stata variamente risoluta dal Carrara [2]), dal Brusa [3]), dall'Alpi [4]), dal Castori [5]), dall'Impallomeni [6]).

È essenziale porre bene il problema.

Dopo quel che si è detto, è chiaro che non intendiamo occuparci dell'ipotesi in cui il tentativo e la consumazione di delitti, che colpiscono direttamente la persona, offendano diverse persone. Quindi, la nostra indagine è limitata alla ipotesi in cui il tentativo e la consumazione d'uno di tali delitti colpiscano la stessa persona, alla ipotesi in cui il ladro tenti di rubare e poi rubi senza preoccuparsi di rubare ad uno piuttosto che ad un altro.

E anche queste ipotesi debbono ridursi. Bisogna escludere il caso in cui, dopo il tentativo, la risoluzione, esaurita con esso, risorga, si rinnovi e passi alla consumazione; e bisogna escluderlo, perchè, qui, evidentemente, s'incontrerebbe un concorso reale. Bisogna, del pari, escludere il caso, in cui il tentativo e la consumazione si attuino in uno stesso contesto, come due momenti d'una stessa azione; e bisogna escluderlo, per quel che diremo a proposito del concorso formale.

Che resta, dunque? Resta il caso, in cui i tentativi ovvero il tentativo e la consumazione siano gli effetti d'una stessa risoluzione criminosa e la loro apparizione nel mondo esterno sia discontinua, come quando, ad esempio, il reo deliberi di tentare sempre finchè raggiunga il suo intento. L'ipotesi, come si vede, è ben rara ad avverarsi.

---

1) CARRARA, op. cit., loc. cit.
2) CARRARA, *Questioni sul tentativo*, negli *Opuscoli*, V. — *Programma* § 517 in nota.
3) BRUSA, op. cit. § 252.
4) ALPI, *Delitto continuato, consumato, mancato, tentato*, nella *Legge*, XII.
5) CASTORI, op. cit., pag. 1403 e seg.
6) IMPALLOMENI, *L'omicidio* n. 148.

Generalmente, si pensa, col Carrara, che più tentativi possano costituire un reato continuato, ma che, invece, non lo possano costituire un tentativo ed un reato consumato, perchè la consumazione obiettiva del reato consumato è diversa dalla consumazione subiettiva del reato tentato, onde questa rimane assorbita in quella.

Questa soluzione, che non piaceva nemmeno al Carrara, mi pare artifiziosa. Chi muove per commettere un reato continuato e, in uno dei momenti in cui suddivide la consumazione, ha un insuccesso e poi ripiglia il cammino, continua senza dubbio. Ma chi muove per commettere un reato istantaneo e ha un insuccesso, che naturalmente comprende l'intero reato, si trova in tale condizione, da aver bisogno d'una risoluzione nuova per tentare di nuovo o per consumare. Quindi, anche qui, s'incontra un concorso reale.

Chi uccide propinando tante dosi di veleno, ognuna delle quali, da per sè stessa, sia inadatta a produrre la morte, e chi uccide facendo, a poco a poco, morire di fame non commettono omicidio continuato: mentre ogni parte del reato continuato deve riprodurre il reato totale, non può dirsi che ogni passo verso la morte sia la morte.

28. Un altro problema sorge quando i varî momenti della continuazione seguono nelle varie età d'un uomo, in modo che egli cominci quando era minorenne e compia quando sia maggiorenne. In tal caso, il reo risponde di tutto il reato continuato, poichè la parte di esso, commessa nella maggiore età, viene, per così dire, a ratificare la parte avvenuta durante la minore età [1]).

Lo stesso, in generale, si dica quando si passi, da ogni altro stato d'irresponsabilità o di responsabilità diminuita, ad uno stato di responsabilità piena.

29. Come dicemmo, la sentenza di condanna interrompe la continuazione tra i fatti anteriori e i fatti posteriori ad essa. Così ha ripetute volte deciso la nostra giurisprudenza [2]).

Sorge un problema, però, quando, dopo una condanna, si scoprono altri fatti, — violatori della stessa disposizione di legge —, anteriori alla condanna e riuniti ai fatti, per i quali essa fu pronunziata, da un'unica risoluzione criminosa. I nuovi fatti debbono o non debbono assoggettarsi a pena, e se debbono assoggettarsi a pena, questa sarà la pena del reato continuato o la pena del reato concorrente?

La Cassazione decise: se un imputato sia condannato, in precedenza, dal tribunale con sentenza confermata dalla corte d'appello,

---

[1]) Alimena, op. cit. vol. II, P. IV, c. v.

[2]) Cassazione penale, 14 novembre 1891 (*Cassazione unica*, III, 259): 14 febbraio 1900 (*Giustizia penale*, VI, 230).

per due delitti di peculato, commessi nel gennaio e nell'agosto 1895, ove vengano scoperti altri peculati commessi nel giugno e nel settembre dello stesso anno, e per questi ultimi sia rinviato alle assise, essendovi anche accusa per falso, da cui l'accusato è poi assoluto, il presidente esorbita dai suoi poteri, se eleva ai giurati una questione, colla quale chiede, *se le sottrazioni o distrazioni di denaro o cose commesse dall'accusato in tutto l'anno 1895, lo furono, benchè in tempi diversi, con atti esecutivi della stessa risoluzione;* in quanto con ciò viene a proporre questioni anche su fatti, che, avendo formato oggetto di altro giudizio e di precedente condanna, non erano stati sottoposti ai giurati, nel corso del dibattimento, celebratosi avanti ad essi, nè erano compresi nella sentenza e nell'atto d'accusa. Onde in questo caso, bisogna applicare la pena secondo gli articoli 68 e 76 [1]).

Secondo questa opinione, dunque, il giudice deve applicare le regole comuni del concorso, e appunto di quella forma di concorso prevista dall'art. 76 di cui ci occuperemo a suo tempo.

Il Sarrocchi, invece, ritiene, è vero, che in questa ipotesi s'incontri il reato continuato, ma pensa che nessun aumento di pena possa farsi per virtù della cosa giudicata [2]).

Altri — l'Impallomeni [3]), lo Stoppato [4]), il Facchinetti [5]) — rifiutano l'una e l'altra opinione, e pensano che, incontrandosi un vero reato continuato, si debba infliggere la pena per esso comminata, tranne che il primo giudice abbia, accidentalmente, inflitto una quantità di pena che raggiunga, già, i limiti della pena del reato continuato.

Rifiutiamo la prima soluzione.

Invero, poichè l'art. 76 dice che, ai reati, commessi prima di una condanna e conosciuti dopo, si applicano le norme «*precedenti*», ossia le norme degli articoli che prevedono il concorso di reati distinti, si deve, di necessità, escludere che esso possa applicarsi anche all'ipotesi prevista da un articolo successivo, l'art. 79, il quale prevede, invece, fatti omogenei unificati da un'unica risoluzione e non richiama, come fa l'art. 77, le disposizioni contenute negli articoli precedenti. Con la teoria che rifiutiamo, si dà all'art. 76 una estensione che non può avere, mentre se il legislatore avesse voluto dargliela gliela avrebbe data, e si fa dipendere la nozione del reato continuato da una accidentalità, cioè dal tempo in cui si

---

[1]) Cassazione penale, 7 luglio 1897 (*Temi veneta,* XXIII).

[2]) SARROCCHI, *La cosa giudicata nei reati continuati,* negli *Studi Senesi,* XII.

[3]) IMPALLOMENI, op. cit. vol. I, n. 135.

[4]) STOPPATO, nota nella *Temi veneta,* XXIII, 38.

[5]) FACCHINETTI, *I reati continuati e la cosa giudicata,* nella *Giustizia penale,* VI.

svolge il giudizio; mentre se dall'art. 76 si volea trarre un argomento, l'argomento dovea essere questo appunto, che al tempo, in cui si svolge il giudizio, non spetti alcuna influenza sulle regole sancite.

Rifiutiamo la seconda.

Invero, la constatazione dei fatti nuovi scoperti non viola la cosa giudicata, anzi la ribadisce. Dire che oggi si scopre un fatto, il quale è avvinto al fatto conosciuto ieri, non significa distruggere questo, significa, invece, riconoscerlo, mentre, all'opposto, non si comprende come il fatto conosciuto ieri debba distruggere quello scoperto oggi. Nè si dica che, essendo il reato continuato un reato unico, esso sia sempre quello che è, anche senza tener conto dei fatti successivamente scoperti, poichè si risponde che l'unicità del reato non esclude la valutazione della diversa insistenza nella risoluzione e della maggiore entità materiale del fatto.

Accettiamo, dunque, la terza.

Onde, diremo con l'Impallomeni, « compito del giudice investito del giudizio su tale continuazione di reato si è lo esaminare la successiva azione punibile in confronto con quella precedentemente giudicata, e infliggere quel di più di penalità che avrebbe meritato l'unico reato continuato, se in tutti gli elementi si fosse presentato prima al giudizio ». Diremo, con lo Stoppato, « il precedente giudicato non si distrugge nè tampoco si tocca; anzi lo si rispetta prendendolo come elemento integratore di una unità giuridica di cui gli altri elementi vengono dal secondo giudice riconosciuti e dichiarati ».

Per quel che riguarda la specialità del giudizio dinanzi la corte d'assise, diciamo che nulla vieta che i giurati possano riconoscere un'unità di risoluzione nei fatti, che essi giudicano, e nei fatti precedentemente giudicati, che essi conoscono per le risultanze del dibattimento [1]).

Si noti, intanto, che la Cassazione, con un'altra sentenza, ha deciso che il magistrato possa attingere, in una precedente sentenza passata in giudicato, la prova della continuazione, applicando la pena per il reato su cui verte il giudizio, con l'aumento dovuto alla continuazione, e dichiarando assorbita in questa la pena della condanna precedente [2]). E questa decisione corrisponde, in fondo, alla soluzione da noi accettata, poichè non è possibile che il secondo giudice, constatando una continuazione, applichi una pena

---

[1]) Ad ogni modo, si potrebbe fare appello alla massima, stabilita altra volta, per cui la corte può applicare il « beneficio » del reato continuato, anche nel silenzio del verdetto dei giurati. Cassazione, 18 marzo 1892 (*Corte Suprema*, XVII, 232).

[2]) Cassazione penale, 30 aprile 1895 (*Giustizia penale*, I, 1066).

inferiore o eguale alla pena applicata dal primo giudice. Che se poi il primo giudice avesse già applicato una pena, che corrisponda alla pena massima del reato continuato, il non potere il secondo giudice inasprirla non esclude che si sia, appunto, constatata la continuazione.

30. Per quel che riguarda la pena, ricordiamo che essa consiste nell'aumento, della normale, da un sesto alla metà. Quando due azioni di gravità diversa, ma dello stesso reato, ad esempio quella relativa alla ferita grave e quella relativa alla ferita lieve, (e a questo proposito, per la soluzione teorica, facciamo le riserve già precedentemente fatte), quella relativa al furto qualificato e quella relativa al furto semplice, vengano a costituire un sol reato continuato, può darsi che la pena risultante sia maggiore di quanto non sarebbe se si applicassero le regole del concorso. Difatti, con la regola del reato continuato, , poichè si parte sempre dalla pena maggiore, un reo sarebbe punito con la pena della lesione grave aumentata da un sesto alla metà della stessa pena; e l'altro sarebbe punito con la pena del furto qualificato aumentata da un sesto alla metà della stessa pena; mentre, invece, applicando il concorso, quello sarebbe punito con la pena della ferita grave aumentata della metà della pena della ferita lieve e questo sarebbe punito con la pena del furto qualificato aumentata dalla metà della pena del furto semplice. Ciò non è in contraddizione con il concetto, che noi abbiamo del reato continuato, ma è in contraddizione con il concetto comune. Invero, non esiste contraddizione se il reato continuato è un reato naturalmente unico, che si punisce come si punisce; invece v'è contraddizione se il reato continuato è una finzione benigna tendente ad impedire che si applichino le regole del concorso. Questa contraddizione non si verifica, in nessun caso, quando più di due siano le azioni, che vengono a formare il reato continuato, poichè mentre nel reato continuato l'aumento è lo stesso qualunque sia il numero delle azioni che lo compongono, nel concorso dei reati esso, invece, è proporzionato, entro un certo limite, al numero dei reati concorrenti.

31. A proposito della competenza sorgono due problemi.

La competenza territoriale viene determinata dal luogo in cui si compie l'ultima azione, secondo l'art. 17 del codice di procedura penale [1]). Questa soluzione dovrebbe accettarsi, secondo diremo per i reati permanenti, anche nel conflitto di giurisdizioni e, quindi, di leggi di Stati diversi.

[1]) La Cassazione, 8 aprile 1892 (*Rivista penale*, XXXVI, 544, n. 4), decise che la competenza sia determinata dal luogo in cui si compì il maggior numero delle azioni. Più tardi decise che sia competente il magistrato del luogo in cui si compì l'ultima: 20 giugno 1901 (*Supplemento alla Rivista penale*, X, 112).

La competenza per materia dà luogo ad un problema più grave. La nostra giurisprudenza, partendo dal concetto che il reato continuato sia un concorso di reati, decise, in omaggio all'art. 12 del codice di procedura penale, che l'aumento di pena portato dall'art. 79 del codice penale lasci immutato il titolo del reato, e quindi non possa influire sulla competenza [1]. Non manca, però, qualche sentenza in cui si accoglie l'opinione opposta [2]. Noi, nel campo della teoria, accettiamo questa seconda soluzione, appunto perchè crediamo che il reato continuato sia un reato unico e non una finzione; ma, con la legge scritta, bisogna confessare che a favore della giurisprudenza prevalente sta l'epigrafe del titolo del «*concorso dei reati*», sotto cui si trova l'art. 79 [3].

32. In conclusione, il reato continuato non è, per noi, costituito dalla risoluzione che si presume unica, sol perchè esiste una pluralità di lesioni omogenee, ma è costituito dalla risoluzione realmente unica e preesistente, di cui le singole azioni non sono che la preveduta attuazione d'una lesione unica. Così il reato continuato è meno frequente, ma non importa.

Le regole comuni della partecipazione, così per la correità come per la complicità, non sono spostate.

IV.

33. Con il reato «*continuato*», dunque, non può confondersi il reato «*permanente*», detto anche «*successivo*». L'esempio tipico del reato permanente è offerto dal ratto e dal carcere privato. Questi due delitti appariscono nel mondo esterno in un istante, e da ciò si diversificano dai reati continuati; ma, però, dopo la loro apparizione, è possibile fare ancora altro, perchè il reo può liberare immantinente la vittima, e può trattenerla invece, durante qualche giorno, qualche mese, qualche anno. Ciò significa che, dopo la solenne violazione del diritto, avvenuta in un primo istante, è possibile una più o meno lunga insi

---

[1]) Cassazione penale, 4 aprile 1892 (*Rivista penale*, XXXVI, 409), 22 giugno 1892 (*Rivista penale*, XXXVII, 100), 22 dicembre 1897 (*Cassazione unica*, IX, 1255).

[2]) Cassazione penale, 18 gennaio 1895 (*Cassazione unica*, VI, 774).

[3]) Per la seconda opinione, sono DE NOTARISTEFANI, *Il reato continuato per gli effetti della competenza*, nel *Foro penale*, IV. — MANEO, *La continuazione dei reati e la competenza*, nella *Temi veneta*, 1895. — GIRARDINI, *Del modo di determinare la competenza nei reati continuati*, nella *Temi veneta*, 1893. — In senso contrario, IMPALLOMENI, *Il titolo del reato per gli effetti della competenza*, § 18, nella *Rivista penale*, XXXV.

stenza in questa violazione, la quale rivela una risoluzione criminosa perenne, o che perennemente si rinnova [1]).

Negli altri reati, per la natura stessa delle cose, non restano che le conseguenze, mentre il diritto violato non può ulteriormente violarsi; in questi altri, al contrario, anche dopo che sono stati raggiunti gli estremi del reato, il diritto violato può violarsi ancora.

Quindi, non può dirsi che il reato permanente, consumato con l'azione che ne determina l'apparizione nel mondo esterno, non abbia nulla da vedere con quel che sussegue, il quale, di conseguenza, resta assorbito in quella [2]). E non può dirsi, perchè in tal modo si trasforma il reato permanente nel reato semplice o istantaneo, mentre tutti vedono la insuperabile differenza che, all'indomani del loro delitto, separa il colpevole d'omicidio dal colpevole di ratto.

Similmente, non può dirsi che il reato permanente sia consumato nel momento in cui ha fine il rapporto illecito [3]). E non può dirsi, perchè, al contrario, il rapporto illecito (se pure di rapporto vuolsi parlare) decorre appunto dal momento in cui la violazione della norma tutelata dalla legge lo ha reso possibile.

Similmente, non può dirsi che il reato permanente si possa scindere in una serie di azioni separate, ognuna delle quali abbia la sua propria consumazione [4]). E non può dirsi, perchè, così dicendo, si trasforma il reato permanente nel reato continuato; e, difatti, mentre il ladro, che prende dieci sacchi di grano in dieci volte, ripete per altre nove volte la sua prima azione, il rapitore, invece, non sottrae la rapita tante volte per quanti sono gli anni, o i mesi, o i giorni o le ore durante cui la trattiene.

Meglio, dunque, si dirà col Gabba, che, « il reato permanente è consumato non appena è compiuto il primo atto col quale vien posto in essere quello stato di fatto in cui poscia il delinquente persiste, non appena cioè lo stato medesimo viene per la prima volta costituito . . . Quella persistenza o durata, non essendo una ripetizione rispetto all'atto originario con cui cominciò, chè altrimenti si cadrebbe nel concetto di reato continuato, viene a formare bensì con quell'atto una unità ideale, ma non in guisa che la si consideri com-

---

[1]) Sul reato permanente, si consultino BOHEMER, *Ad Carpzorium*, quaest. LVI, ob. 6. — CREMANI, *De jure criminali*, I, 105, 279. Ticini 1791. — GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, I, 603. Macerata 1840. — ORTOLAN, *Delits continus*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1854. — BENNATI, *Sulla definizione del reato permanente*. Bergamo 1896. — CAMPUS, *Studio sul reato permanente*. Sassari 1902.

[2]) Così NYPELS, op. cit., II, p. 149.

[3]) Così HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, n. 1364. Paris 1860.

[4]) Così JOUSSE, *Traitè de la justice criminelle de France*, I, n. 56. Paris 1771.

presa nella consumazione di quell'atto, bensì in guisa che questa consumazione possa essere indifferentemente collocata in qualunque momento di quella durata » [1]).

Onde, per noi, — e con ciò rettifichiamo la teoria esposta altra volta —, il reato permanente è costituito, non da un rapporto antigiuridico, che si svolge dopo la consumazione, (mentre, invece, un tale rapporto può svolgersi anche dopo la consumazione di qualcheduno di quei reati che, a giudizio di tutti, non sono permanenti) [2]), ma è costituito da una consumazione, che non si esaurisce in un istante, ma si protrae, e si protrae, non in maniera discontinua, — come nei reati continuati , ma in maniera continua [3]).

Di conseguenza, crediamo che non si allontani dal vero il Campus, quando opina che il reato permanente s'incontri solo nella violazione di quei beni giuridici, i quali, per la loro speciale natura, non sono suscettibili di distruzione o di diminuzione, ma soltanto di compressione o di ostacolo nel loro godimento e nella loro realizzazione [4]).

Ma, se è vero che, in questi reati, la consumazione perdura, non è meno vero che sia, sempre, necessario e facile determinare il momento, in cui essa comincia. La consumazione comincia con il fatto originario, ossia con quel fatto che esaurì gli estremi del reato.

Da ciò discende, che, per la regola comune, l'intervento durante la permanenza è correità o complicità e non favoreggiamento.

Discende, in secondo luogo, che un reato commesso in uno stato di irresponsabilità o di responsabilità minorata (ad esempio, per età) sia poi del tutto imputabile, quando, nella piena imputabilità, si persista nella consumazione [5]).

---

[1]) Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. II., pag. 410 e seg., Torino 1884.

[2]) Di fatti, un rapporto antigiuridico può perdurare anche in altri reati, dal momento in cui essi sono *perfetti*, sino al momento in cui si realizzano tutti gli scopi del colpevole, momento, che qualcheduno vorrebbe chiamare del reato *esaurito*. Su di questa questione del reato esaurito, vedi Carrara, *Programma* § 49 *bis* e Barsanti, *Studii sul reato esaurito*. Macerata 1890. Nè credo rilevante il distinguere, come altri fa, un rapporto antigiuridico da un rapporto semplice, che in fondo è antigiuridico anche esso.

[3]) Nello stesso senso, Masucci, op. cit., n. 70. — Campus, op. cit. p. 41.

[4]) Campus, op. cit., p. 25.

[5]) Intorno alla questione, se sia da ammettersi la minorante della età nel reato di renitenza alla leva militare, che è reato permanente e che per l'art. 172 della citata legge sul reclutamento non si prescrive mai, si consulti la nostra *Imputa-*

Però, a questo proposito, è uopo notare una differenza, non lieve, che passa tra il reato continuato ed il reato permanente. Chi ruba, per effetto d'una sola risoluzione, un primo oggetto, mentre era minorenne, e un secondo oggetto, quando divenne maggiorenne, è, senza dubbio, reo d'un furto continuato commesso nella maggiore età, poichè, potendo non compiere la seconda azione, così come poteva non compiere la prima, l'averla compiuta costituisce, appunto come dicemmo, una ratifica della prima. Al contrario, chi rapisce una fanciulla mentre egli è minorenne e la trattiene ancora quando sia diventato maggiorenne, può, in questo secondo tempo, esser quasi vittima egli stesso d'uno stato di cose che lo domina, come, ad esempio, quando tema che la liberazione della rapita possa far sorgere la prova contro di lui. Onde, il giudice, nell'applicazione della pena, dovrebbe distinguere, da ogni altro reato permanente, quello in cui la consumazione, benchè volontaria, perduri in modo quasi *negativo.*

Quel, che siamo venuti dicendo, indica la via sicura per distinguere il reato permanente dal reato con effetti permanenti.

Per solito, si dice che, nel reato permanente, dopo la consumazione, perdura il rapporto antigiuridico tra il reo e la persona o la cosa su cui cade il reato. Ma questo criterio, è fallace, perchè, (occorre ripeterlo?) un tale rapporto può rinvenirsi anche nei reati non permanenti.

Onde, a nostro modo di vedere, errò la Cassazione quando ha ritenuto che sia permanente il delitto d'interesse privato in atti d'ufficio (art. 176 cod. pen.), dicendo, di conseguenza, che il delitto non si esaurisce con il conseguimento dell'affitto dei beni comunali, ma dura quanto dura la locazione [1]).

L'Escobedo, a distinguere il reato permanente dal reato con effetti permanenti, ha proposto un criterio nuovo. E il criterio sarebbe questo: si ha il reato permanente, quando gli effetti permanenti del

---

bilità, vol. II, pag. 322. Però, mentre allora fummo per la negativa, oggi siamo per l'affermativa. Fummo per la negativa, perchè pensavamo che il legislatore, fissando la pena secondo quel che *saepius accidit*, fosse partito, per un tal reato, dalla pena inflitta al minorenne, mentre per tutti gli altri è partito, invece, dalla pena inflitta al maggiorenne. Ma, di fronte alla legge scritta e specialmente di fronte all'art. 165, questa opinione più non ci pare sostenibile. Ciò, per altro, non significa che abbia ragione il CIVOLI, quando, (in questa stessa *Enciclopedia*, vol. V, pag. 174), si sorprende come io avessi, allora, citato due frammenti del diritto romano. Certo, il diritto romano non prevedeva il reclutamento dell'esercito nel Regno d'Italia, ma ciò non toglie che da quei frammenti, per analogia, si deduca che la minorante dell'età non possa applicarsi a certi speciali delitti.

[1]) Cassazione penale, 5 novembre 1900 (*Foro italiano,* XXVI, II, 1).

reato, per la loro natura e per il loro carattere, siano tali « da offendere e menomare la personalità umana nei suoi diritti essenziali », o tali « da offendere la pubblica morale e l'assetto giuridico e politico dello Stato nelle norme e nei principî che lo informano, per modo da costituire una condizione di cose antigiuridica, contraria essenzialmente all'ordine morale e politico » [1]).

Ma questo criterio, benchè ingegnoso, non possiamo accettarlo. Non possiamo accettarlo, perchè si basa sulla distinzione metafisica e pericolosa di diritti essenziali e di diritti non essenziali. Non possiamo accettarlo, perchè, mentre la permanenza non può scompagnarsi da un criterio di durata, per esso la permanenza dipenderebbe, in fondo in fondo, soltanto dall'importanza del diritto leso. E questo è ovvio, quando, nelle stesse condizioni, si nega la permanenza sol perchè il diritto leso non sia tra i diritti più importanti ed essenziali. Se il portare un titolo usurpato è un reato permanente, può dirsi che, perciò, esso violi uno dei diritti più essenziali dello Stato, ovvero, sol perchè non si violi uno di questi diritti, gli si negheranno i caratteri della permanenza?

Dunque, si ha un reato permanente, quando tutti i momenti della sua durata possono imputarsi come consumazione, e, quando questo non possa farsi, si ha, invece, un reato con conseguenze permanenti. E se non può darsi consumazione senza un elemento soggettivo, è chiaro che può parlarsi di reato permanente, sol quando il durare di questo stato di fatto sia dovuto alla volontà dell'agente.

Erronea è dunque la sentenza or ora citata, poichè se, in quel caso, era volontaria la consumazione del delitto, — costituita dalla formazione del contratto —, non era più in arbitrio del reo il far cessare l'esecuzione di esso. Nè l'avere, con il contratto, cioè con la consumazione del delitto, predeterminato la durata della locazione fa sì che questa possa poi, dal reo, senza il consenso degli altri, farsi cessare. E questo diciamo, perchè ci pare fuor di luogo ricorrere, qui, alla teoria delle azioni *liberae in causa*.

Invece, è reato permanente il sequestro di persona *perchè*, e *finchè*, l'agente può far cessare quello stato, che dall'opera sua ebbe origine e vita.

Questa nozione del reato permanente appartiene, però, più alla dottrina che alla legislazione. Difatti, i codici non lo definiscono e, di conseguenza, non dicono che la pena debba essere proporzionata alla durata della consumazione, cosa che, del resto, è intuitiva.

Sarà il giudice che, caso per caso, ravvisando un reato permanente, — e lo ravviserà quando si verificano le condizioni, che

[1]) Escobedo, nota alla suddetta sentenza, nel *Foro italiano*, loc. cit.

ormai conosciamo —, applica una pena che risponda appunto a tale durata. Così, nel nostro codice, sono reati permanenti la formazione di bande armate contro la sicurezza dello Stato (art. 131), il sequestro di persona (art. 145 e seg.), l'associazione a delinquere (art. 248), la fabbricazione o la detenzione d'istrumenti destinati esclusivamente alla fabbricazione o all'alterazione delle monete (art. 260), la detenzione di sigilli e bolli contraffatti (art. 271), il ratto (art. 340), l'usurpazione di funzioni pubbliche, di titoli o di onori (art. 121, 185, 186), il deposito d'armi (art. 468), l'ostacolare l'esercizio d'una funzione pubblica o d'un diritto (art. 139, 140), il porre in vendita o l'esporre al pubblico certi oggetti o certe sostanze, che la legge vieta di esporre o di porre in vendita (art. 266, 297, 319, 320, 322, 339) [1].

Però, questo sistema non ci piace. Preferiremmo che il codice

---

[1]) Ad onta di quel che sta scritto nella Relazione che accompagnava il progetto (CXXXIII), è inesatto dire che, nel nostro codice, la bigamia sia un reato permanente. Quando si dice che elemento costitutivo della bigamia (art. 359, 360) sia non la coabitazione, ma il secondo matrimonio, è evidente come non possa imputarsi al reo il perdurare di uno stato di cose, che non è dato a lui di far cessare. Del resto, l'art. 360 dimostra l'inapplicabilità dell'art. 92.

Assai notevole ed elegante questione è se il furto sia un reato permanente. Qualche romanista, interpretando i frammenti 6, 47, 57, pr. 67, § 1 *de furtis* D. XLVII, 2, risponde in modo affermativo. Così il FERRINI, che vede in ogni azione successiva, nella quale il ladro esercita il suo possesso, una nuova contrettazione e, quindi, un nuovo furto (*Appunti sulla teoria del furto*, nei *Rendiconti del R. Istituto lombardo*, serie II, vol. XXII. — *Diritto penale romano*, pag. 157 e seg. Milano 1889 e in questa stessa *Enciclopedia*, vol. II, pag. 35 e 177 e seg.). Così anche il PAMPALONI, il quale, però, nota che per potersi dire che il ladro commette, in tal caso, tanti furti, « bisognerebbe dire che quei furti sono tanti quanti i momenti del possesso; non già tanti quanti gli atti di disposizione » (op. cit., pag. 102, 192), ed esclude, dal reato permanente il furto proprio. Il maggior numero dei giureconsulti romani escludeva, anche, il furto manifesto e la complicità.

È singolare come in Inghilterra, per una disposizione tassativa, il furto dura fin quando la cosa rubata sia nel possesso del ladro. Così, la competenza può essere determinata così dal luogo del commesso reato, come dal luogo in cui la cosa si trova, restando in possesso del ladro (24 e 25 Vict. c. 96, § 114. Conf. HARRIS, *Principles of the criminal law*, pag. 236. London 1886). Onde nel caso di furto con attacco alla persona, si giudica l'attacco alla persona nel luogo del commesso reato e il semplice furto o in questo o nel luogo in cui si trova la cosa (STEPHEN, *A digest of the law of criminal procedure*, pag. 48. London 1883).

Che il furto sia un reato permanente è stato ammesso dal CARRARA (*Programma*, §§ 479, 480, 482, 515, 2242, 3587, 3592, 3596), che, tuttavia, non tratta questa quistione di proposito, e, anzi, una volta, dice, che il furto sia reato permanente « sotto certi aspetti ».

Con il concetto, che noi ci siamo formati del reato permanente, la soluzione non può essere dubbia: il furto non è reato permanente, perchè non può dirsi

desse la nozione del reato permanente. Non è davvero singolare che il lettore trovi notizia del reato permanente, a proposito della prescrizione (art. 92), mentre non ne ha trovato parola alcuna in quel lungo titolo in cui si studiano questi argomenti?

La giurisprudenza, per distinguere il reato permanente dal reato continuato, ha detto: « il reato permanente si differenzia dal reato continuato in ciò che mentre esso consiste in un fatto solo, il quale compiuto che sia, si prolunga senza interruzione, per un tempo più o meno lungo, onde si ha una non interrotta violazione di legge penale, il reato continuato è una ripetizionee di atti, ciascuno dei quali è una violazione della stessa disposizione di legge, e, commessi anche in tempi diversi, si fondono tutti in un'unica risoluzione delittuosa » [1]). E questo ragionamento, benchè non sia molto perspicuo, non è inesatto, purchè, però, si sostituisca la parola « *azioni* » alla parola « *atti* », e s'intenda la frase « *compiuto che sia* » non in disaccordo con quanto abbiamo detto.

La differenza tra i reati permanenti e i reati continuati si riverbera anche in tema di competenza.

Infatti, per i reati permanenti non si riproduce il problema relativo alla competenza per materia. E il problema della competenza per territorio si risolve secondo la regola della *prevenzione* [2]). Lo stesso si dica per i reati permanenti, che si svolgono sul territorio di Stati diversi; e questo sia per la giurisdizione che per la legge da applicare [3]).

---

che la consumazione perduri finchè il ladro possegga la cosa rubata. Nello stesso senso, Haus, op. cit., I, n. 354. — Masucci, op. cit., n. 70. — Borsari, *L'azione penale,* n. 496 in nota. Torino 1866. — Campus, op. cit., pag. 101. Nè credo che sia giustificabile l'eccezione per i complici, eccezione alla quale ricorre lo Haus, fondandola su d'una finzione.

[1]) Cassazione penale, 27 maggio 1901 (*La Legge,* 1892, I, 60). Si consultino le decisioni: 27 gennaio 1897 (*Cassazione Unica,* VIII, 645), 28 settembre 1898 (*Ibidem,* X, 210), 22 ottobre 1900, (*Ibidem,* XII, 802). Fu inqualificabile errore, quello in cui cadde la Cassazione, quando decise che « *il reato permanente o continuato presuppone la ripetizione di più azioni di cui ciascuna rappresenta una perfetta violazione di legge* » 8 luglio 1896 (*Foro italiano,* XXI, II, 372.

[2] Così la Cassazione, 22 ottobre 1900 (*Cassazione Unica,* XII, 802). Nello stesso senso, Campus, op. cit., pag. 67. In senso contrario, Perrone Ferranti, che vuole che la competenza sia nel primo luogo in cui apparve la violazione del diritto (*Luogo del commesso reato,* nella *Giustizia penale,* V) ed il Borsani e il Casorati, che sono ora per il luogo in cui si compì e cessò la permanenza, ora per il luogo in cui si compì l'atto originario (*Codice di procedura penale,* I § 338, 339 Milano 1873).

[3]) Questo, che diciamo, va coordinato con l'art. 4 del cod. pen. È naturale che al cittadino italiano reo d'un reato permanente, cominciato in Italia e perdurato all'estero, o viceversa, non si applichino le disposizioni stabilite dall'art. 5.

34. Per quel che riguarda la cosa giudicata, diciamo che si è deciso che se, dopo una condanna, la permanenza del reato non cessi, può procedersi nuovamente contro il colpevole, nè il fatto anteriore, che formò obietto di essa, può formare con il fatto posteriore un unico reato [1]).

E questa soluzione è conforme a giustizia, poichè il reato permanente, al pari del reato continuato, e per le medesime ragioni che non occorre ripetere, si chiude con la condanna nota al colpevole, e dopo di essa, comincia un reato nuovo.

V.

35. Chiudiamo questa trattazione, accennando a taluni problemi, che si svolgono direi parallelamente, così per i reati continuati come per i reati permanenti.

Il primo di essi si riferisce ai reati d'omissione, permanenti o continuati.

Quando si ha diritto a richiedere l'adempimento dell'obbligazione, anche dopo il tempo in cui esso dovea verificarsi, è naturale che il reato permanga o continui. Esempio del reato permanente sono la renitenza alla leva militare (art. 169 della legge sul reclutamento) e i delitti degli art. 150, 179, 180, 472, 473, 476, 477, 480, 481 del codice penale; esempio del reato continuato è il delitto previsto dall'art. 178 del codice penale, quando il reo non ceda a istanze ripetute.

Quando, invece, non si abbia più diritto a richiedere l'adempimento dell'obbligazione, oltre il tempo in cui esso dovea verficarsi, si ha un reato istantaneo. Così avviene per le omissioni previste dagli art. 210 e 389 del codice penale [2]).

Assai importante è, specialmente di fronte all'art. 2 del nostro codice penale, il determinare qual legge si debba applicare ad un reato continuato o permanente, il quale decorra sotto l'imperio di leggi diverse.

Alcuni sostengono che, trattandosi d'un reato unico, si debba applicare la legge più mite [3]).

Così la Cassazione, 3 dicembre 1895 (*Giurisprudenza italiana*, XLVIII, II, 244). Allo straniero, si applicano, di conseguenza, le disposizioni dell'art. 3.

[1]) Cassazione penale, 2 marzo 1896 (*Giustizia penale*, II, 368). In senso contrario CAMPUS op. cit. p. 72. — Confr, SARROCCHI, op cit., loc. cit. — TUOZZI. *L'autorità della cosa giudicata in civile e in penale*, n. 225. Torino 1900.

[2]) Confr. Cassazione di Roma, 15 novembre 1890 (*Foro italiano*, 1890, II, 488); Cassazione di Napoli, 21 dicembre 1873 (*Rivista penale*, XIV, 502). Nello stesso senso, CAMPUS, op. cit. 38. Confr. CASTORI, op. cit. n. 67.

[3]) TEMME, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, 121, II. Aarau 1855.

Altri sostengono che sia da applicare la legge vigente nell'ultimo momento della continuazione o della permanenza; poichè, nell'una, indirizzandosi lo scopo dell'agente alla totalità delle azioni, la consumazione non è compiuta che con l'ultima di esse, e, nell'altra, la norma tutelata dalla legge si viola, in egual modo, in tutti i momenti [1].

La prima opinione la troviamo già accolta dalla Cassazione di Firenze [2]) e dal Tribunale supremo germanico [3]), e la seconda la troviamo accolta dalla nuova giurisprudenza nostra [4]). E noi, appunto, accettiamo questa seconda soluzione, che è una conseguenza necessaria di quanto si è detto finora, tranne, però, a temperarla nell'applicazione secondo più in là osservammo, a proposito della differenza che passa tra chi continua nelle azioni e chi perdura nella consumazione.

Il dubbio sorge di nuovo, quando, durante la permanenza o la continuazione, si siano susseguite diverse leggi, e qualcheduna di esse consideri come aggravante il perdurare oltre un certo tempo nel reato. Questa aggravante, prodotta dalla durata della consumazione o della continuazione, da quale delle leggi successive viene determinata?

Vi è chi pensa che l'aggravante debba determinarsi secondo quella legge, sotto cui il reato più lungamente si svolse [5]).

Vi è chi pensa che, invece, debba determinarsi secondo quella legge, sotto la quale il reato si arresta [6]).

E noi seguiamo questa seconda opinione, poichè se il reo è ugualmente imputabile in tutti i momenti, è giusto che sia punito secondo la legge che lo Stato, nel momento della punizione, stima la più giusta.

È quasi superfluo avvertire che, in tutto questo argomento, s'intende parlare di legge in vigore durante la permanenza o durante la continuazione, non di legge sopravvenuta nel momento del giudi-

---

[1]) SEEGER, *Ueber die rückwirkends Kraft und neuer Strafgesetze*, pag. 194. Tübingen 1862. — MEYNNE, *Essai sur la rétroactivité des lois répressives*, n. 92. Bruxelles 1863. — LE SELLYER, *Trattato del reato, delle pene e della responsabilità*, I. n. 240. Torino 1886. — GABBA, op. cit. vol. II, pag. 415 e seg.

[2]) Cassazione di Firenze, 22 febbraio 1866 (*Annali della giurisprudenza italiana*, 1874, 153 in nota); 21 gennaio 1873 (*Monitore dei tribunali*, 1874, 319); 28 gennaio 1882 (*Rivista penale*, XVII, 199). Confr. GREGORACI, *La pena del reato permanente o continuato commesso sotto l'impero di leggi diverse*, in *La Legge*, 1889.

[3]) Tribunale supremo germanico, 19 dicembre 1859 (in SEEGER, op. cit., loc. cit.).

[4]) Cassazione penale, 13 marzo 1891 (*Cassazione unica*, II, 252).

[5]) MEYNNE, op. cit., loc. cit.

[6]) GABBA, op. cit., vol. II, loc. cit.

zio. Per tale caso di concorso di leggi, si applicano, senza alcun dubbio, le regole comuni della retroattività [1]).

Da quel che siamo venuti esponendo, emergono tre corollari.

Primo: non è applicabile l'amnistia, quando il reato continuò dopo la pubblicazione di essa [2]). Per le stesse ragioni, nelle medesime condizioni, essa non è applicabile al reato permanente [3]).

Secondo: un fatto, iniziato in un'epoca in cui non era reato, diventa reato quando continui o perduri sotto una legge sopravvenuta che lo dichiari tale [4]).

Terzo: la remissione della parte lesa è efficace, per tutto quello che è avvenuto anteriormente ad essa, ma non per quel che è avvenuto dopo [5]).

Ovvio è il perchè di queste soluzioni: il reato continuato e il reato permanente sono unici; nè, e nemmeno con il codice nostro, può dirsi che quello, benchè unico per finzione, sussista sol quando ciò torni a vantaggio del reo. Però, dopo la remissione accettata, essi rinascono, come rinascono dopo la condanna in contraddittorio, e per la stessa ragione. Del resto, nei congrui casi, prima, non si può negare alla parte lesa il diritto di contraporre un ostacolo all'esercizio dell'azione, e poi non le si può imporre l'obbligo di sottostare eternamente alla violenza del reo.

Un ultimo problema è relativo alla prescrizione dell'azione penale.

Vi è quasi unanimità nel ritenere che il punto di partenza sia quello, appunto, in cui finisce la continuazione o la permanenza [6]).

---

[1]) Cassazione di Roma, 10 aprile 1878 (*Annali di Giurisprudenza*, 1878, 1, 2, 166). Nello stesso senso, GABBA, op. cit., vol. II, loc. cit.

[2]) Cassazione di Napoli, 26 gennaio 1880 (*Rivista penale*, XII, 259); Cassazione di Torino, 16 novembre 1877 (*Rivista penale*, VIII, 18). Cassazione di Firenze, 31 dicembre 1878 (*Giornale dei tribunali*, VIII, 141). Così, LEVI, *Amnistia, indulto*, n. 96 nel *Digesto italiano* e BORSANI e CASORATI, op, cit., I, § 176. Contro, MASUCCI, *L'estinzione dell'azione penale nei reati continuati*, nel *Movimento giuridico*, V.

[3]) Così BORSANI e CASORATI, op. cit., I, § 176. — GARBURA, *Il reato permanente e l'amnistia*, nella *Cassazione Unica*, VIII. — CAMPUS, op. cit., pag. 78. Così, anche, costantemente la nostra Cassazione, e ricordo la più recente sentenza: 2 giugno 1900 (*Cassazione Unica*, XII, 141).

[4]) Corte d'appello di Napoli, 14 agosto 1890 (*Rivista penale*, XXXII, 469).

[5]) Nello stesso senso decise la Cassazione, 31 agosto 1891 (*Cassazione Unica* III, 61). In senso contrario, CAMPUS, op. cit. p. 76.

[6]) COUSTOURIER, *Traité de la prescription en matière criminelle*, n. 105. Bruxelles, 1849. — HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, n. 1364. Paris 1867. — GARRAUD, op. cit., II, pag. 96. — HAUS, op. cit., II, n. 1248. — ORTOLAN, op. cit. II, 748. — SEEGER op. cit. p. 192 e gli autori da lui citati — GABBA, op. cit. vol. II, loc. cit. — MAJNO, op. cit., I, n. 503. — CASTORI, op. cit., pag. 1381. — CAMPUS, op. cit., pag. 72 e seg.

Così ritengono anche la giurisprudenza francese [1]) e la belgica [2]), e così, tassativamente, è dichiarato dal codice bulgaro (c. 73), dal progetto russo (c. 57) e dal codice italiano (art. 92).

Non manca però chi pensa che la prescrizione decorra, nei reati che noi diciamo permanenti, dal momento in cui è stato consumata l'azione originaria, e pensa così perchè, o nega, come fa il Nypels, l'esistenza dei reati permanenti, la cui nozione chiama un confondere i reati con le loro conseguenze, ovvero, come fa il Wächter, dà importanza al solo primo momento [3]).

Noi, invece, crediamo che la soluzione esatta sia quella, per cui si fa partire la prescrizione dal momento in cui cessa la continuazione o la permanenza; e crediamo così perchè, nell'ipotesi della continuazione, è evidente che la prescrizione debba decorrere dal momento, in cui l'esecuzione è compiuta, e non prima, e similmente, nell'ipotesi della permanenza, è anche evidente che la prescrizione debba decorrere dal momento, in cui essa è cessata, e ciò sia per la natura stessa di questi reati, sia perchè, con un'altra soluzione, si farebbe coincidere il tempo della prescrizione con quello della consumazione dell'illecito godimento [4]).

VI.

36. Dicemmo, nella introduzione, che cosa si debba intendere per reato « *collettivo* » o « *abituale* » o « *cronico* » [5]).

Vi sono delle legislazioni le quali, appunto, esigono l'abitudine come elemento costitutivo onde, mentre la riunione d'un certo numero di fatti costituisce reato, ciaschedudo di essi, preso isolatamente, non lo è.

Così, in Francia, è disposto per l'usura (art. 4 della legge 3 set-

---

[1]) Cassazione francese, 27 luglio 1860 (*Bullettin*, n. 181, 316), 1 febbraio 1872 (*Bulletin*, n. 18, 43), 30 gennaio 1877 (SIREY, 82, 1, 41).

[2]) Così si argomenta dalla sentenza della Cassazione del Belgio, 2 agosto 1880 (*Rivista penale*, XV, 538), con cui si ritenne che la ricettazione sia un reato istantaneo e che, quindi, la prescrizione decorre dal momento in cui si ricetta la refurtiva.

[3]) NYPELS, Op. cit., II, loc. cit. — WAECHTER, in SEEGER, op. cit. p. 192.

[4]) Così si è deciso, benchè non ve ne fosse bisogno, in tema di reato continuato: 12 novembre 1900 (*Rivista penale* LIII. 27), e in tema di reato permanente 5 novembre 1900 (*Foro italiano*, XXVI, II, 1), in un caso, però, in cui come si è detto, le fattispecie ci sembra sbagliata.

[5]) CARRARA, *Programma*, § 522. — HAUS, op. cit., I, n. 357 e seg. — ORTOLAN, op. cit., n. 762 e seg. — LILIENTHAL, *Beiträge zur Lehre vom Kollektivdelikten*. Leipzig 1879. — DOCHOW, op. cit., *passim*. — ALIMENA, op. cit., vol. III, p. 621 e *Cronache straniere*, II, nella *Giustizia penale*, VII.

tembre 1807 e art. 2 della legge 19 dicembre 1850), per il lenocinio (art. 334 c. p.), per il favoreggiamento (art. 61 c. p.)[1]).

Altre legislazioni, invece, considerano l'abitudine come un'aggravante.

Così avviene in Inghilterra per le « *disorderly hauses* » [2]), così avviene nella Scozia per il « *thief by habite and repute* » [3]).

In Italia, l'abitudine è circostanza aggravante nel lenocinio (articolo 345), nella ricettazione (art. 421), nei giochi d'azzardo (art. 484), nell'ubbriachezza (art. 488). E, reciprocamente, essa diminuisce l'efficacia scusante dell'ubbriachezza (art. 48). Si discute se essa sia elemento costitutivo dell'abuso dei mezzi di correzione (art. 390) e dei mali trattamenti (art. 391); ma questa ricerca la faremo nel trattato dei delitti contro la persona.

Noi pensiamo che l'abitudine debba essere soltanto un'aggravante, perchè non si può comprendere come le parti di un'unità siano uguali a zero, e come la somma di vari zeri sia uguale all'unità. Un primo fallo può meritare l'indulgenza, ma non perciò cessa d'essere un fallo.

Nel succedersi di varie leggi, trattandosi non della volontà diretta ad un unico reato, ma di più fatti, che con la loro unione producono un reato, non si tien conto di quelli, compiuti sotto la legge anteriore, che non li considerava come reato [4]). Quindi, l'ubbriacone abituale, che si fosse mostrato pubblicamente in preda all'ubbriachezza, e nel primo giorno in cui è entrato in vigore il codice attuale, avrebbe o non meritato l'aggravante derivata dall'abitudine, secondo che il fatto fosse avvenuto in Toscana, ove l'ubbriachezza si puniva, ovvero in un'altra regione d'Italia, in cui non si puniva.

Sotto quelle legislazioni, le quali formano reati con la riunione di fatti non punibili, si originano incertezze grandissime, relative alla determinazione del punto di partenza della prescrizione [5]).

Queste incertezze non si sono originate con la legislazione nostra: la prescrizione decorre dall'ultima azione.

---

[1]) HÉLIE, *De la jurisprudence sur l'attentat aux moeurs*, nella *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XVII. — GARRAUD, op. cit., I, n. 90, in nota.

[2]) HARRIS, op. cit., p. 148.

[3]) MACDONALD, op. cit., p. 48 e seg, 63.

[4]) GABBA, op. cit., vol. II, p. 417 e seg.

[5]) LE SELLYER, *Trattato dell'esercizio e dell'estinzione dell'azione pubblica e privata*, II, n. 471. Torino 1889. — BRUN DE VILLERET, *Traitè thèorique et pratique de la prescription en matière criminelle*, n. 170 e seg. Paris 1863. — GARRAUD, op. cit., II, p. 97 in nota. — Cassazione francese, 21 ottobre 1841 (SIREY, 1841, I, 984); 14 novembre 1862 (*Bulletin*, n. 247).

PARTE II.

Pluralità di lesioni giuridiche

CAPO I.

Pluralità di lesioni giuridiche con unità d'azione.

I.

37. Per cinque vie diverse si può pervenire alla violazione di due o di più norme tutelate da diverse disposizioni della legge penale, mediante una sola ed unica azione.

Si violano due o più norme tutelate da diverse disposizioni della legge penale, per la coesistenza di più doveri, — posti a tutela di più diritti —, nel soggetto attivo del reato. Così avviene nell'esempio comune del pubblico ufficiale, che, appropriandosi del denaro che è nelle sue mani per tale sua qualità, viola, insieme, il dovere proprio al pubblico ufficio e il dovera comune a tutti i cittadini.

Si violano due o più norme tutelate da diverse disposizioni della legge penale, per il convergere di più diritti intorno alla persona o intorno alla cosa su cui cade il reato. Così avviene nell'esempio, ormai ripetuto da tutti gli scrittori, della violenza carnale o dell'adulterio commesso sulla congiunta, in cui, evidentemente, con la violazione del diritto alla pudicizia, o del vincolo coniugale, si unisce la violazione della parentela

Si violano due o più norme tutelate da diverse disposizioni della legge penale, quando, in un'unica azione, si fondono e il mezzo ed il fine, ognuno dei quali, di per sè stesso, costituisce la violazione d'un diritto. Così avviene nell'esempio, anche comunemente citato, di colui che per appropriarsi del denaro, ricevuto in consegna per un uso determinato, simula d'essere stato vittima d'una rapina, violando così, con un'azione sola, il diritto di proprietà e il diritto della giustizia sociale. Una sottospecie di questa ipotesi si ha quando una delle lesioni, pur non potendo dirsi il mezzo per il raggiungimento dell'altra, è tuttavia una circostanza che l'accompagna e ad essa si

unisce. Così nell'esempio della violenza carnale commessa in luogo pubblico, in maniera che si offenda, non solo la violentata, ma anche il pubblico pudore.

Si violano due o più norme tutelate da diverse disposizioni della legge penale, o si viola più volte la norma tutelata dalla stessa disposizione, quando più intenzioni criminose vengono attuate con un'azione sola. Così fa colui che, con un sol colpo di fucile, volontariamente, uccida una persona e ne ferisca un'altra, ovvero, volontariamente, ne uccida due.

Si violano due o più norme tutelate da diverse disposizioni della legge penale, quando le varie conseguenze e i varî aspetti d'uno stesso evento nocivo corrispondono a diverse figure di reato. Così, ad esempio, avviene nel delitto di lesione, che abbia prodotto malattia e perdita di un organo; così avviene nel furto, che abbia anche danneggiato lo scrigno; così avviene quando si rubi un oggetto che sta entro lo scrigno, servendosi d'una chiave falsa, e un oggetto che sta sopra lo scrigno.

Procediamo per via di esclusione.

Quest'ultima ipotesi non può mai far sorgere l'idea d'un concorso: mai, nemmeno per rifiutarla.

Infatti, in essa s'incontra sempre la violazione d'un solo diritto, quantunque tal diritto sia garantito da più disposizioni di legge, che prevedono figure di diversa gravità, le quali naturalmente si comprendono l'una nell'altra [1]).

Così, nel primo dei tre esempi citati, tanto la malattia quanto la perdita d'un organo non sono che la violazione del diritto all'integrità corporea, e in una lesione è compresa l'altra. Nel secondo esempio, si ha la violazione soltanto del diritto di proprietà, e si ha una violazione sola. Nel terzo esempio, del pari, non si viola che il diritto di proprietà e si viola una volta sola — e ciò per quanto già dicemmo — e per questo il furto meno grave è già compreso nel più grave.

Alle volte, pare che due diverse disposizioni di legge, pur violandosi lo stesso diritto, possano concorrere; ad esempio, nell'abuso dei mezzi di correzione o di disciplina ovvero nei mali trattamenti, da cui sia cagionata anche una lesione personale punibile con pena maggiore. Ma ciò è un equivoco: qui vi è concorso (e vedremo che specie di concorso), perchè quei due delitti, come si dirà nel trattato dei delitti contro la persona, non ledono soltanto l'integrità corporea, ma ledono anche un altro diritto.

---

[1]) Nello stesso senso, IMPALLOMENI, *L'omicidio*, n. 65.

Onde, in conclusione, diciamo che quando l'azione è unica e le violazioni di legge, benchè diverse, si riferiscono allo stesso diritto, che è violato una volta sola, non si può parlare di concorso, perchè la violazione più grave comprende già, in sè stessa, la violazione meno grave.

Tutto il grande dibattito, invece, ha come territorio le prime quattro ipotesi, nelle quali si violano diritti diversi: diversi, per loro natura, come quando si viola il pubblico ufficio e la proprietà, o la libertà dell'altrui corpo e l'ordine della famiglia, o la libertà dell'altrui corpo e il sentimento collettivo del pudore, o la giustizia sociale e la proprietà; ovvero diversi perchè posseduti da persone diverse, come quando si viola in due persone diverse il diritto alla vita; ovvero diversi per una ragione e per l'altra, come quando in una persona si viola il diritto alla vita e in un'altra il diritto all'integrità corporea.

Qui, dunque, si discute se esistano tanti reati distinti quante sono le disposizioni di legge violate, o per quante volte si viola la stessa disposizione, ovvero se esista un solo reato con tante facce quante sono le disposizioni di legge violate o per quante volte si viola la stessa disposizione. Se esistono tanti reati distinti, si ha un vero e reale e materiale concorso; se esiste un reato solo, si ha un concorso apparente, ideale, formale.

Qui, dunque, cominciamo a parlare del concorso.

È noto che il Feuerbach suddivideva il concorso formale in concorso che produce il reato continuato (*fortgesetztes Verbrechen* o *delictum continuatum*) e in concorso che produce il reato reiteràto (*wiederholtes Verbrechen* o *delictum reiteratum sive repetitum* [1]). È noto del pari che già il Mittermaier combatteva questa distinzione [2]).

Noi, del pari, la rifiutiamo con tutte le nostre forze, poichè — come il nostro lettore ha già visto — per noi il reato continuato è un reato unico, unico realmente e non per finzione.

38. Tutto il probrema attuale, quindi, si enuncia così: allor che, con una sola azione, si violano norme tutelate da diverse disposizioni di legge, o si viola più volte la norma tutelata dalla stessa disposizione, e così si violano diversi diritti, — diversi, ripetiamelo, o perchè son diversi i beni o perchè son diverse le persone che li posseggono o per l'una ragione e per l'altra —, si ha un solo reato o più reati?

Da molti dei criminalisti - e, sino a ieri, forse dal maggior numero —, si è sostenuto che l'unità dell'azione produca sempre un reato unico, onde, per accordare questa affermazione con il

---

[1]) FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, § 128. Giessen 1847.

[2]) MITTERMAIER, nelle aggiunte alla citata opera del FEUERBACH, nel paragrafo su citato.

fatto della concorrenza di più lesioni di legge e di più lesioni di diritti, si è parlato appunto d'un concorso « *ideale* » di reati.

Questa dottrina è insegnata, in Italia, dal Carrara [1]), dal Pessina [2]), dallo Zuppetta [3]), dal Brusa [4]), dall'Arabia [5]), dal Roberti [6]), dal Napodano [7]); e fuori d'Italia — a tacer d'altri — dall'Ortolan [8]), dal Liszt [9]), dallo Heinemann [10]). Questa dottrina è anche insegnata dal Nypels [11]) e dal Garraud [12]), i quali, pur parlando di unico « *fatto* » e non di unica « *azione* », — ciò che farebbe supporre che, forse, non escludono che un'azione sola possa produrre più fatti —, tuttavia, per l'assieme del loro argomentare, ci persuadono che le parole « *fatto* » e « *azione* » sono da loro adoperate come aventi lo stesso significato.

Secondo questa dottrina, s'insegna, con le parole del Pessina, che: « il concorso formale non è vera pluralità di reati, perocchè porge nel fondo *una sola azione* criminosa. Una prima specie di concorso formale si ha quando una sola e medesima azione viola diversi rapporti giuridici, in maniera da generare varie ragioni d'incriminazione. Il pubblico ufficiale, che distorna valori pubblici o privati a lui confidati per cagione del suo ministero, non solo offende l'attenenza giuridica del diritto di proprietà appartenente a personalità pubbliche o private, ma offende la santità dei suoi doveri come pubblico ufficiale. Colui che ingiuria, o percuote, o uccide il depositario dell'autorità o della forza pubblica, sia nell'esercizio del suo ufficio, sia ad occasione di un tale esercizio, non pure offende il diritto della persona, ma offende il diritto dello Stato, conculcando il

---

[1]) CARRARA, *Programma*, §§ 52, 168, 202, 1240, 1241, 2522, 2533. — *Lineamenti di pratica legislativa penale*, XVI. Torino 1882.

[2]) PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. I, § 127. Napoli 1882.

[3]) ZUPPETTA, *Corso completo di diritto penale comparato*, vol. I, § 331 e seg., vol. II, § 595 e seg. Napoli 1868. — Salerno 1869.

[4]) BRUSA, *Saggio d'una dottrina generale del reato*, § 253 e seg. Torino 1884.

[5]) ARABIA, *Della incompatibilità di alcuni concetti di ragione penale*, nel *Filangieri*, VIII.

[6]) ROBERTI, *Corso di diritto penale*, vol. III, n. 916. Napoli 1842.

[7]) NAPODANO, *Il diritto penale italiano nei suoi principii*, vol. I, pag. 188 e seg. Napoli 1895. — *Appunti delle lezioni di diritto penale*, p. 381. Napoli 1885.

[8]) ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, p. II, t. IV, cap. I, n. 15. Paris 1885.

[9]) VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* § 54, 57. Berlino 1898.

[10]) HEINEMANN, *Lehre von der Idealkonkurrenz*, passim. Berlin 1893.

[11]) NYPELS, *Le code pénal belge interprété*, vol. I, pag. 119 e seg. Bruxelles 1867.

[12]) GARRAUD, *Traité theorique et pratique du droit pénal français*, vol. I, l. IV, ch. I, Paris, 1888.

rapporto giuridico del rispetto all'autorità ed alla forza dello Stato. Qui il lato d'incriminazione più grave assorbe il meno grave, senza doversi punire due volte per un solo e medesimo fatto criminoso » [1]).

Vedremo quale, per il Pessina, sia la seconda specie del concorso formale; ma diciamo, intanto, che in questa prima specie si ha, per lui, un solo reato, perchè « *si tratta di una azione criminosa sola, e non di molte* ».

Con questa dottrina, si è arrivati, — con il Carrara, con lo Zuppetta, con il Brusa, con il Liszt, con il Garraud —, a scorgere un solo reato, perfino quando, con un'azione sola, a danno di diverse persone, si sono violati diversi diritti o si è violato più volte lo stesso diritto.

Infatti, il Carrara pensa che l'uccidere due uomini con un sol colpo costituisca un solo delitto, un delitto complesso e più grave, e non possa costituire due delitti, quantunque sia risultata la lesione di due diritti, perchè « la pluralità dei *soggetti passivi* non sempre basta a configurare pluralità di *delinquenze* », laddove per la pluralità delle delinquenze, occorre « una *pluralità* ontologica » [2]).

E lo Zuppetta scrive: « non è reiteratore il colpevole di una sola azione, benchè da essa derivassero molteplici fatti contrari alle disposizioni della legge punitiva. Si esemplifica in colui che, per esempio, con una sola esplosione d'archibugio rende esanimi più individui o spegne un individuo e ferisce un altro » [3]).

E l'Arabia aggiunge: « suppongasi che uno, armato di arma da fuoco, l'esploda contro un suo nemico e con l'istesso colpo ferisca un altro, *anche prevedendo di poterlo ferire;* o anche che tiri in una rissa sopra più avversari, *pure con volontà di ferirli tutti,* e ne uccida o ferisca due o tre: il reato sarà unico, la pena più grave assorbe la meno grave, senza altro aumento per l'altro reato. Infatti, qui ci sarebbero le tre unità del tempo, del fine, dell'azione di un sol colpo derivante da una medesima spinta » [4]).

Ed il Liszt dice: « il reato è un'azione, ossia una modificazione del mondo esterno prodotta da un volere umano. Se vi è una sola azione, vi è, di conseguenza, un solo reato... ». E poi dice che vi è concorrenza reale di reati, quando vi sia l'incontro di « più azioni punibili, ognuna di per sè stante » [5]).

Con questa dottrina, si è arrivati, — con il Carrara e con il Pes-

---

[1]) PESSINA, op. cit., vol. I, pag. 288.
[2]) CARRARA, *Programma*, § 1241.
[3]) ZUPPETTA, op. cit., loc. cit.
[4]) ARABIA, op. cit., loc. cit.
[5]) LISZT, op. cit. loc. cit.

sina —, a sostenere che vi sia un reato unico aggravato quando si commettono due reati diversi e distinti, riuniti dal nesso di mezzo a fine: due reati riuniti dalla così detta « *connessione ideologica* ».

Ma l'esame di questa seconda conseguenza trova la sua sede nel prossimo capitolo. Qui ci basti averla accennata, per mostrare, in tutti i suoi aspetti, la teorica contro la quale dobbiamo combattere.

Sui confini di essa stanno lo Haus [1]) ed il Berner [2]), i quali pensano che, quando da un'unica azione siano causate più lesioni giuridiche, vi sono altrettanti reati, ma che debbano assoggettarsi tutti ad una sola pena — a quella del reato maggiore —, perchè, come dice lo Haus, unica è la risoluzione, unico è il fatto; perchè, come dice il Berner, si è conseguito un solo effetto, benchè esso assuma la veste di più reati, e il reato minore deve valutarsi soltanto per determinare la pena del reato maggiore, mentre, per aversi un concorso reale, non basta una pluralità di intenti o una pluralità di eventi, ma occorre una pluralità di azioni. Le conseguenze alle quali arrivano sono le stesse. Così l'uno cita come esempio di concorso ideale il caso in cui, con un sol colpo d'arma da fuoco o con una sola bevanda avvelenata, si produca, intenzionalmente o colposamente, la morte di più persone; e l'altro cita il caso in cui, con una ingiuria, si offendano più persone o con un colpo più persone si feriscano.

Noi tutte queste teoriche — così la teorica madre come le derivate — le rifiutiamo.

Non vale dire che, in fondo alla pluralità delle lesioni giuridiche, vi sia un'azione sola, quando, al contrario, bisogna per lo appunto dimostrare come mai più lesioni giuridiche non possano imputarsi, sol perchè sono causate da una sola azione.

Non vale dire che manca la pluralità delle determinazioni nel colpevole quando, al contrario, è ovvio che con una sola determinazione si possano volere più obietti e più mezzi per raggiungerli.

Non è uopo poi indugiare intorno all'opinione — per quanto autorevole — di coloro che, pur vedendo nel concorso ideale una pluralità di reati, pensano poi che si debba punire soltanto il più grave, perchè essa alle difficoltà, proprie alla teorica da cui deriva, ne aggiunge evidentemente delle altre.

Del resto questa teorica è condannata dalle conseguenze alle quali è giunta.

---

[1]) Haus, *Principii generali di diritto penale*, II, nn. 848, 853, Napoli, 1877.

[2]) Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, op. cit. § 145. Leipzig. 1886.

Come mai si può sostenere che il reato mezzo sia irrilevante di fronte al reato fine? Come mai si può sostenere che uccidere volontariamente, con una cannonata, più persone costituisca un solo omicidio? L'esperienza non ci dice che vi sono uomini i quali si arrestano di fronte al fine, sol perchè sono spaventati dal mezzo! Se l'uomo può, con una sola determinazione, decidere la morte di cento nemici e può, con una sola azione, ucciderli tutti,il ritenerlo responsabile d'un solo omicidio, per quanto più grave, non sarebbe quasi un premiarlo per aver compiuto il suo divisamento in un istante solo, evitando le noie di tante consecutive azioni che potevano anche esser frustrate?

E dirò di più, dirò che, indipendentemente da queste due ipotesi, quando noi ci rappresentiamo che, con la violazione del diritto che si vuole violare, si viola un altro diritto, dobbiamo di necessità o desistere o volere anche la violazione di questo altro diritto.

Di recente, il Lanza ha assunto la difesa dell'antica teoria [1]. E come l'ha difesa?

Il Lanza comincia con riconoscere che non vi è alcuna ragione per mettere in dubbio la pluralità dei reati, quando siano molteplici le determinazioni specifiche che spingono a violare il diritto, ma che, al contrario, se è unica, non solo la determinazione generica, ma anche la determinazione specifica, il parlare di più reati, mentre è esclusa la pluralità delle determinazioni, è come parlare di due corpi con una sola testa.

E il Lanza ha ragione. Ma che cosa intende egli per unità e per pluralità di determinazioni?

L'egregio criminalista continua, affermando che l'errore di quelli che sostengono l'altra teoria nasce dal perchè « essi credono che l'unità d'intenzione corrisponda sempre all'unità di fatto nei suoi risultati », mentre egli crede, invece, che « malgrado la pluralità degli effetti non si possa mai avere pluralità delle determinazioni specifiche, se unico fu l'atto soggettivo ».

E come dimostra il suo assunto? Ogni moto del nostro corpo deve essere determinato da una singola volizione, che comanda e muove i muscoli. Quindi, egli dice, come mai può parlarsi di più volizioni se uno fu il movimento? Chi la pensa in modo diverso confonde l'*atto unico* con l'*azione unica* nel senso di *unico contesto.* Chi dice che, in uno stesso istante, si possano prendere due deter-

[1]) LANZA, *Osservazioni scientifiche ed esegetiche su alcune forme di concorso di reati*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, VI.

minazioni sbaglia, perchè è impossibile « prendere due determinazioni nello stesso identico momento », perchè « la contemporaneità delle determinazioni induce necessariamente all'unità ».

Il Lanza non nega che la determinazione si possa riferire a due fini diversi, non nega che essa possa riferirsi a due diversi obiettivi giuridici, non nega che si possa insieme volere e la morte di Tizio e la morte di Caio; ma afferma che « non ostante questa pluralità di oggetti la determinazione sarà sempre unica nella sua soggettività, sarà unica come atto volitivo, che si forma nella psiche di chi comanda l'azione ai propri muscoli e alle proprie membra ».

Dopo ciò, egli conchiude che se molteplici furono gli effetti dannosi, ma unico fu l'atto soggettivo, si avrà una sola risoluzione. Ma, ammesso pure che le intenzioni possano dirsi molteplici, sol perchè si mirava a molteplici obiettivi, mancherà sempre la pluralità degli elementi della *forza fisica soggettiva,* poichè è unico « l'atto materiale posto in essere dal colpevole ». Quindi, non si potranno costruire due o più reati, ognuno dei quali abbia tutte le sue forze fisiche e morali, e, di conseguenza, non può aversi una pluralità di reati, perchè per essa non basta la molteplicità degli effetti, ma è uopo anche della molteplicità degli atti soggettivi.

Noi, non solo rifiutiamo questo nuovo aspetto dell'antica teorica, ma diciamo — e il valoroso amico ce lo permetta — che esso ci pare così lontano dal vero, che quasi ci nasce il dubbio di non aver appreso a pieno il pensiero di colui che lo presenta.

Che con un solo movimento del corpo si possano attuare più risoluzioni è cosa che non può seriamente mettersi in dubbio.

Essa risulta dall'esperienza quotidiana, da quell'esperienza che, fortunatamente, è superiore ad ogni creazione dottrinaria: si può volere uccidere due persone con un colpo solo e si può volerle beneficare tutte e due con un dono solo.

Questa verità non sfugge al Lanza, il quale, per ciò, è costretto ad abbandonare la determinazione, come causa generatrice del maleficio, per ricorrere alla volizione, come causa generatrice del movimento.

In tal modo, egli, per necessità, deve trasformare un problema eminentemente morale e giuridico — e un pochino anche psicologico — in un problema semplicemente fisiologico; e anzi deve trasformarlo in una constatazione d'ordine fisiologico, poichè si tratta di cose troppo chiare per potersi parlare di problema.

Il braccio si muove, e si muove perchè il muscolo si contrae, e il muscolo si contrae perchè una volizione lo fa contrarre: ecco il fatto fisiologico. La volizione si mette in moto, per opera di motivi

coscienti: ecco il fatto psicologico. I motivi hanno questo o quest'altro valore di fronte ai consociati: ecco il fatto morale e giuridico.

Un colpo di fucile uccide due uomini, perchè un braccio ed un occhio lo hanno diretto, e quel braccio e quell'occhio sono stati messi in moto da una volizione: ecco il fatto fisiologico. La volizione ha avuto per motivo il desiderio di uccidere l'uno e il desiderio di uccidere l'altro: ecco il fatto psicologico. Il voler uccidere due uomini e lo averli uccisi produce certe speciali valutazioni tra i consociati: ecco il fatto morale e giuridico.

L'errore del Lanza — errore gravissimo — è quello di voler ridurre l'elemento soggettivo del reato alla volizione, considerata soltanto nel suo aspetto esterno, immediato, meccanico, fisiologico, e non anche nel suo aspetto interno, mediato, psicologico, morale, giuridico.

All'esistenza del reato non importa soltanto la volizione come causa meccanica d'impulso, ma importa anche la volizione come causa cosciente e riflessa dell'evento. E questo è tanto vero che anche gli atti dei pazzi, dei sonnambuli, dei fanciulli sono causati da volizione, senza che per ciò con essi si commettano dei reati.

Un tale delibera — in una volta o in ripetute volte — di uccidere due o dieci uomini, e poi, cercando l'occasione opportuna, delibera di ucciderli in un momento solo mediante l'esplosione d'una mina, e così dà loro la morte. Per me l'atto soggettivo di queste criminalità è costituito dalla proiezione della deliberazione o delle deliberazioni di uccidere più uomini, per il Lanza, invece, l'atto soggettivo è costituito dalla volizione che mette in moto il braccio. Ma se questa volizione, domando io, è l'ultimo momento di quella deliberazione o di quelle deliberazioni, che cosa mi si può obiettare? E se l'omicida uccise due fratelli, perchè credeva di poter ereditare dal padre loro, mentre se ne avesse ucciso uno solo nulla avrebbe ereditato, che cosa mi si può obiettare?

Egli, il Lanza, riduce — lo abbiamo già detto — l'elemento soggettivo del reato ad un mero dato fisiologico. E così facendo non è d'accordo nemmeno con i maestri della psicologia fisiologica, i quali insegnano appunto che la volizione non è un impulso autonomo, ma è il risultato del lavorìo dei motivi, è — per dirla col Ribot [1]) — la constatazione d'una situazione.

Considerare la volizione come una cosa a sè, e non come l'attuazione d'un più intimo lavorìo psichico, è così erroneo come pen-

---

[1]) Ribot, *Les maladies de la volonté*, p. 175. Paris, 1884.

sare a dei rami, che portano foglie, fiori e frutti, i quali non nascano da un tronco e non siano nutriti dalle radici, ma siano campati in aria come bolle di sapone.

Son d'accordo col Lanza — e come non esserlo? — nel pensare che non possa parlarsi di pluralità di reati, quando, ad ogni effetto esterno, non corrisponda un atto soggettivo, ma — ripetiamolo! — l'atto soggettivo non è costituito dalla volizione, come momento terminativo, dalla volizione che muove i muscoli, ma è costituito dalla determinazione, che causa la volizione, che a sua volta muove i muscoli. Chi produce due effetti e vuole due effetti, e li produce perchè li vuole, commette due reati distinti, perchè, per ognuno di essi, vi è un effetto e un effetto voluto. L'unico movimento, essendo mosso da due risoluzioni, si riproduce per ciaschedun effetto.

Che, nella teorica che combattiamo, non possa esservi via d'uscita, è provato dalle conseguenze assurde alle quali si arriva.

Il Lanza, dopo aver sostenuto che chi, volontariamente, uccide due persone con un sol colpo commette un solo omicidio, aggiunge che, però, da questa regola si debbano escludere gli omicidi commessi mediante veleno. E perchè? Perchè colui che preparò la vivanda avvelenata sapeva che più persone avrebbero potuto prendere e attuare la determinazione di cibarsene, e perciò « egli è imputabile delle determinazioni specifiche degli altri », avendo esse origine nella sua determinazione generica, perchè le vittime si determinarono a prender cibo e non a prender veleno. E così si arriva, necessariamente, a questa conseguenza: l'unità o la pluralità dei reati non dipende più da quel che fa il colpevole, ma da quello che fanno le vittime.

Nè basta. Il Lanza — cadendo in una contraddizione, nella quale anche il Liszt era caduto, e dalla quale, poi, si è ritratto [1]) — ritiene che debba rispondere di due omicidi colui che dà mandato di uccidere due persone. E perchè? Perchè, pur essendo unico l'atto soggettivo del mandato, molteplici furono gli atti consumativi da lui messi in opera e molteplici le determinazioni specifiche del sicario, determinazioni « che si fanno risalire e si imputano anche al mandante ». E perchè mai si fanno risalire, e perchè s'imputano, dopo quello che si è sostenuto? Ecco quello che bisognava dimostrare e non si è dimostrato. E se il sicario, invece di uccidere con due diversi atti consumativi, avesse ucciso con un atto solo?

---

[1]) LISZT, op. cit, § 51, nella edizione del 1888. Nel § 52 della edizione del 1898, invece, ravvisa, anche in questa ipotesi, una concorrenza ideale.

Nè si dica — come dice il Lanza — che, con la nostra teoria (giacchè pensiamo che chi, con una frase sola, ingiuria più persone sia reo di più reati), bisognerebbe ritenere reo di centomila, di cinquecentomila, di un milione di reati colui che, con una frase sola, ingiuria tutti gli abitanti d'una città!

Non si dica così, perchè tale argomento è arguto, ma non è solido. Chi ingiuria due persone, ingiuria esse, ed esse sole; chi ingiuria tutti i cittadini, al contrario, non ingiuria alcun cittadino in concreto, ma ingiuria tutta la cittadinanza in astratto, e così le lodi come le ingiurie perdono in intensità quel che guadagnano in estensione. Come la lode che ci vien fatta in quanto siamo cittadini di una città ci solletica meno della lode che ci vien fatta come individui, così l'ingiuria fatta in quelle circostanze è, per noi, ben diversa dall'ingiuria che ci vien fatta in queste.

Chi ingiuria un'intera cittadinanza commette un reato diverso, e così deve essere, poichè egli, in una sola e unica frase, involge anche persone che non conosce. E che sia così lo prova un'altra considerazione. Chi, mettendosi dinanzi il registro d'anagrafe d'una intera città — d'una città d'un mezzo milione di abitanti — cominciasse a pronunciare, l'uno dopo l'altro, i nomi dei singoli cittadini, e ogni nome facesse seguire d'un epiteto ingiurioso, e poi, di quando in quando, interrompesse la trista litania per andare a mangiare e a dormire, e la ripigliasse poi..... che reato commetterebbe?

Chi pensa diversamente di come pensiamo noi dovrebbe dire che, in tal caso, si commettono cinquecentomila reati, perchè per ogni nome pronunciato e per ogni epiteto ad esso attaccato, perchè per ogni pagina del registro che è stata svolta, è occorso un movimento e, quindi, un proprio atto soggettivo.

Ma la conseguenza non sarebbe ridicola? Anche in questa ipotesi strana, o non vi è reato o vi è un altro reato, un reato solo, perchè i cittadini, come individui, non sono toccati.

39. Ripigliamo il cammino interrotto.

Se quel che si è detto finora è vero, il problema sta tutto nel rapporto che intercede fra la determinazione e la violazione, mentre l'azione non è che il ponte mediante il quale si passa da quella a questa. Anzi, teoricamente, si può anche sostenere, senza tema d'errare, che il reato vi sarebbe, e sarebbe perfetto, anche quando — per virtù magica — la determinazione producesse il suo effetto — e ciò fosse noto all'agente — senza che questi dovesse mettere in opera la sua attività corporea.

Si comprende, adunque, come vari criminalisti si siano adope-

rati, per contraporre alla teorica inesatta e pericolosa, che combattiamo, un'altra teorica.

E una prima teorica, una teorica del tutto opposta e negativa, è quella dello Habermaas [1]), già accennata dal Köstlin [2]).

Questi due criminalisti sostengono che la differenza tra il concorso formale e il concorso reale sia del tutto teoretica. Cominciano col dire che è concorso reale quello che si verifica allor che più azioni producano più lesioni giuridiche, e che è concorso ideale quello che si verifica allor che una sola azione produca più lesioni di diverse norme o più lesioni della stessa norma. Dicono poi che, così in un concorso come nell'altro, vi è una vera e propria pluralità di reati, e finiscono col concludere che così l'uno come l'altro debbano assoggettarsi alla stessa misura di pena, poichè, tenendo conto del danno obiettivo e del dolo o della colpa dell'agente, non s'incontra per distinguerli alcuna ragione giuridica.

Noi rifiutiamo anche quest'altra teorica, la quale ha i difetti opposti ai difetti che sono propri dell'altra. In vero, basta enunciarla, per scorgere, a prima vista, una non lieve lacuna, che intercede tra l'enunciazione, relativa a quel che siano i due concorsi, e l'affermazione, secondo cui in essi vi è sempre una pluralità di reati. Basta guardare i due concorsi, per convincersi come essi non possano ugualmente punirsi.

40. Un'altra teorica, anche più radicale, è quella dello Hälschner [3]).

Egli, non solo nega ogni differenza, sia pure teoretica, tra il concorso formale e il concorso reale, ma nega ogni importanza alla stessa nozione del concorso, qualunque esso sia. Le lesioni giuridiche, dunque, siano causate da un'unica azione o da molteplici azioni, sono, per lui, o indipendenti tra di loro, cioè rivolte ognuna ad un fine proprio e indipendente, ovvero riunite dal nesso di mezzo a fine. Se sono indipendenti, si assoggettano al regime del cumulo delle pene; se sono riunite come mezzo a fine, si assoggettano al regime dell'assorbimento.

Noi rifiutiamo anche quest'altra teorica. Essa, a nostro modo di vedere, erra quando nega ogni importanza al concorso, qualunque esso sia, mentre il concorso nasce da uno stato di fatto, che non può esser distrutto artificialmente, come artificialmente non può essere creato. Essa erra quando fa sparire il reato, che è servito di

---

[1]) HABERMAAS, *Die ideale Konkurrenz der Delikte.* Stuttgart 1882.

[2]) KÖSTLIN, *System des Strafrechts,* pag. 559. Tübingen 1855.

[3]) HAELSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht,* I, § 268. Bonn 1881-87.

mezzo, assorbendolo nel reato, che è il fine, ed erra per le stesse ragioni, per cui erra, come vedemmo testè e come vedremo, la teoria fin ora dominante.

41. Rifiutate queste teoriche opposte, la mente si volge, per necessità dialettica, alla ricerca d'una teorica intermedia.

A questa ricerca si è messo il von Buri [1]).

Egli nega ogni differenza tra concorso reale e concorso formale, ma la nega, non perchè la nozione del concorso sia priva d'importanza, ma, al contrario, perchè, quando vi siano più lesioni giuridiche, vi è sempre concorso e concorso reale, sia che le lesioni vengano causate da un'unica azione, sia che vengano causate da più azioni. Data questa forma unica di concorso, si applicano di necessità le stesse pene, senza ulteriori distinzioni.

Quando le azioni siano molteplici e le lesioni siano, del pari, molteplici, la teorica è chiara. E quando l'azione è unica? Poichè, come si è detto, l'importanza sta tutta nelle lesioni giuridiche, non essendo l'azione che un mezzo per produrle, è ovvio che tutto il problema si riduce a questo: vedere, volta per volta, se si sia prodotta una sola lesione, ovvero si siano prodotte più lesioni giuridiche, e quindi se vi sia un reato, ovvero vi siano più reati.

Come vien fatta, adunque, questa ricerca? Perchè vi sia una pluralità di lesioni, dice questo criminalista, è necessario che ad ogni lesione giuridica corrisponda una causalità, e, quindi, ad ogni causalità corrisponda una determinazione nell'agente; onde, procedendo all'inverso, si hanno tante determinazioni criminose, tante causalità messe in moto da esse, e poi tante lesioni giuridiche che ne sono l'effetto.

Di conseguenza, tutto si riduce a vedere quando è che, con una sola azione, si attuano più determinazioni. Più determinazioni si attuano allor che si producano più *modificazioni nel mondo esteriore,* ossia quando si producano più *effetti.* Quando, invece, si produca una sola modificazione nel mondo esteriore, ossia quando si produca un solo effetto, allora si attua una sola determinazione.

Quindi, nella violenza carnale in persona della discendente, e attuata con unica azione, vi è un sol reato, perchè producendosi un'unica modificazione nel mondo esteriore, non si attua che una sola determinazione. Viceversa, allor che, con un sol colpo, si uccidano volontariamente due persone, si hanno due reati, perchè, pro-

---

[1]) Von Buri, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, in *Gerichtssaal*, XXXI. — *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche*. Leipzig. 1894.

ducendosi due modificazioni nel mondo esteriore, si attuano due determinazioni.

Con questa teorica, il problema non è risoluto, ma è avviato, però, verso la soluzione, perchè al criterio accidentale e fallace dell'unità o della pluralità dell'azione, si sostituisce il criterio essenziale del rapporto che intercede tra la intenzione e la lesione giuridica. Non bisogna confondere la determinazione, che può essere unica, con l'obietto da essa voluto, il quale può essere molteplice. Chi, con una sola determinazione, risolve di uccidere cento persone diverse, forma una sola determinazione, è vero, ma forma anche cento doli diversi, i quali, se si proiettano nel mondo esteriore e producono altrettanti effetti, ossia la lesione di altrettanti diritti, causano dei delitti perfetti. Che importa al diritto, alla quiete dei cittadini... e, — diciamolo pure! —, al buon senso, se quelle cento persone si uccidano con una sola azione o con più azioni? Perchè vi sia il reato è necessario che l'intenzione produca la lesione giuridica, ciò che non può avvenire senza un'azione, ma non si può andare più in là, perchè l'unità o la moltiplicità delle azioni non è che un mezzo, il quale non può di conseguenza fare sparire il reato.

Se, dunque, secondo questo autore, si è prodotta una sola modificazione del mondo esterno, non si ha che un reato, ed un reato solo, perchè non si può imputare che una sola determinazione.

Se, invece, si son prodotte più modificazioni del mondo esterno, che sono appunto i contenuti degli obietti cui la volontà si rivolge, si hanno tante determinazioni e quindi, tanti reati. Non importa che questo si ottenga con più azioni invece che con un'azione sola, così come non importa all'unità, anzi all'unicità del reato, in cui è una sola intenzione e una sola lesione giuridica, l'essere prodotto con un'azione sola, come avviene nel reato detto « istantaneo » o con molteplici azioni, come avviene nel reato detto « continuato ».

Ma la teorica del von Buri, come ben osserva l'Impallomeni [1]), è errata nel suo svolgimento, allora che vuol far coincidere la lesione giuridica, con l'effetto, nel mondo esterno, soggettivamente appreso, con l'effetto voluto dall'agente. È vero che, quando volontariamente si uccidano due persone con un sol colpo di fucile, ai due effetti voluti dall'agente corrispondono due lesioni giuridiche; ma non è vero che, quando si voglia stuprare la discendente, all'unico effetto

---

[1]) IMPALLOMENI, *Concorrenza reale e concorrenza formale dei reati, passim* e specialmente § 9 e seg. Catania-Palermo 1884-85.

voluto dall'agente, lo stupro, corrisponda una sola lesione giuridica, poichè, al contrario, le lesioni giuridiche sono due: la violazione del diritto alla pudicizia e la violazione del diritto famigliare. In altri termini, il von Buri dimentica che, anche quando l'agente si proponga un solo effetto, può tuttavia prodursi nel mondo esteriore, non solo un effetto dovuto al danno immediato, ma anche un altro effetto dovuto al danno mediato.

Ora, dice l'Impallomeni, poichè più lesioni giuridiche, concorrenti o non, per costituire più reati distinti, debbono avere altrettanti elementi soggettivi, è chiaro che più modificazioni del mondo esteriore costituiscono più reati ovvero un solo reato, secondo che siano prodotte da più intenzioni o da una sola. Tutto il problema, dunque, si riduce a questo: cercare il mezzo che ci permetta di distinguere il caso, in cui esse siano prodotte da più intenzioni, dal caso in cui esse siano prodotte da un'intenzione sola.

42. L'Impallomeni si è messo a questa ricerca.

Egli prende le mosse dalla triplice obiettività del reato, così come l'ha intesa il Carrara. Il Carrara insegna: « ogni azione umana che voglia elevarsi a delitto deve necessariamente avere tre distinte oggettività, secondo il diverso punto di vista sotto il quale si contempla. Oggettività *materiale*, se guardasi come puro fatto; oggettività *ideologica*, se guardasi nel disegno dell'agente; oggettività *giuridica*, se guardasi nel suo essere di *delitto* » [1]. L'oggettività materiale, che l'Impallomeni chiama *reale*, consiste nel fine prossimo propostosi dall'agente, l'oggettività ideologica consiste nel fine ultimo, l'oggettività giuridica, finalmente, consiste nel diritto violato. Quindi, contrariamente all'opinione del von Buri, l'oggettività reale non s'identifica con la lesione giuridica.

Queste diverse obiettività, alle volte, coincidono e s'identificano, alle volte, invece, si ravvicinano, ma restano distinte. Così, nel furto, l'obiettività reale e l'obiettività ideologica s'identificano, poichè il lucro illecito costituisce l'obietto reale e l'obietto ideologico dell'agente. Invece, nell'omicidio a scopo di furto, le due obiettività restano separate, poichè l'obietto reale è la morte, mentre l'obietto ideologico è il lucro illecito.

Ed egli continua col dire che, con l'oggettività giuridica, s'identifica l'oggettività reale del reato, poichè ogni reato consiste in un danno e quindi in una lesione giuridica. Ma l'unità di oggettività reale non importa costantemente unità di lesione giuridica, potendo

---

[1]) CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*. p. 242, Torino, 1882.

anche importare la violazione di norme giuridiche diverse. Ad esempio, nell'incesto commesso da donna maritata e nella violenza carnale incestuosa, l'obietto reale è uno, cioè l'illecito godimento sessuale, ma l'obietto giuridico è duplice, poichè, come si è detto, si violano due diritti. Similmente, se si percuote una donna incinta, perchè abortisca, l'obietto ideologico è uno, l'aborto, ma gli obietti reali sono due: la lesione corporale della donna e l'aborto, e sono due, perchè due sono i risultati di fatto, gli effetti che il delinquente ha voluto realizzare.

Per questa catena di ricerche, questo criminalista arriva finalmente alla conclusione. « E poichè una intenzione criminosa è contrassegnata da un fine, è a conchiudere che il numero delle intenzioni criminose corrisponde, non già a quello delle obiettività ideologiche, ma a quello delle obiettività reali del maleficio. Giacchè, agendosi con il proposito di conseguire un determinato effetto, vale a dire con la coscienza del nesso di causalità fra questo e l'azione propria, si ha un numero di intenzioni uguale al numero degli effetti voluti: la intenzione criminosa non è, infatti, che il proponimento, cioè la deliberazione di tradurre in atto la rappresentazione di un effetto contrario alla legge penale. E pertanto quando da unica azione delittuosa promanano più lesioni giuridiche, sono più i reati se vi concorrono più obiettività reali; mentre v'ha un reato solo se, non ostante la pluralità di lesioni giuridiche, s'identificano l'obiettività reale e la ideologica del maleficio.

« Così, nell'esempio succitato di chi percuote la donna per farla abortire, la pluralità di lesioni giuridiche e la pluralità di oggettività reali concorrono a formare dell'unica azione una pluralità di reati; per il motivo che in tal modo è manifesto come alla duplicità di violazione di legge si accompagna la duplicità di intenzioni criminose. Ed invece, nel fatto della donna maritata che commette incesto sono tutt'una l'oggettività ideologica e la reale, giacchè il *risultato* che la donna si è proposto fu un solo, lo illecito amplesso, e questo solo fu pure il suo scopo: è questo uno dei casi in cui le due oggettività s'indentificano fra loro, e quindi non v'ha che una sola determinazione criminosa, e perciò il reato è unico, tuttochè siansi commesse due lesioni giuridiche, due violazioni di legge.

« V'ha dunque un reato unico sempre che l'oggettività reale e la finale del maleficio si compenetrino l'una nell'altra. Alla triplice oggettività del reato corrisponde una triplice specie di *effetto* criminoso: reale, ideologico e giuridico; la molteplicità di *effetti reali,*

correlativa alle obiettività reali, è quella che dinota la molteplicità di reati » [1]).

Con la robusta teorica dell'Impallomeni, si è fatto, senza dubbio un altro grande passo verso la soluzione, ma crediamo che la soluzione non sia stata ancora del tutto raggiunta.

Infatti, è ben possibile che là dove egli vede una sola obiettività reale, e una sola intenzione, possano racchiudersi invece due obiettività reali e due intenzioni.

Come questo può avvenire?

Una prima volta può avvenire allor che il colpevole si proponga due fini distinti, i quali causano di necessità, e anche secondo la teoria dell'Impallomeni, due distinte obiettività reali.

È vero che chi stupra una donna maritata, vuole, nel maggior numero dei casi, procurarsi un godimento carnale, a cui è estraneo ogni pensiero relativo al matrimonio. Ma questo, che *saepius accidit*, non esclude che possa farsi una ipotesi diversa e, non facendola, non si fa una teorica completa poichè non è completa quella teoria che non sia sufficiente per tutti i casi, anche per quel caso rarissimo che si verifichi una volta nel corso di tutti i secoli.

È ben possibile quantunque raro, che nell'esempio citato il violatore si proponga, non solo lo scopo del godimento, ma anche quello dell'oltraggio al marito.

Una seconda volta, può avvenire. allor che il reo si rappresenta e lo scopo ed il mezzo.

È vero, nell'esempio citato dall'Impallomeni [2]), che colui il quale stupra in luogo pubblico, si propone per lo più soltanto lo stupro, ma è anche vero che egli, qualche volta si possa proporre anche l'oltraggio derivante dalla pubblicità, — nel qual caso si rientra nell'ipotesi precedente —, e sempre abbia anche la rappresentazione di quel che sia il luogo pubblico.

In fatti, il delinquente quando si proponga un solo obietto reale, ma si rappresenti anche la gravità dei mezzi che adopera, viola due norme tutelate da diverse disposizioni di legge con due distinte intenzioni, dando luogo così a due obiettività reali, poichè come ben osserva il Masucci [3]), se la violenza carnale, di per sè stessa, è un reato e se l'eccitamento al mal costume inerente allo scandalo pubblico, di per sè stesso, è un altro reato, non può pensarsi che la loro unione, causata scientemente, sia un solo reato.

---

[1]) Impallomeni, op. cit., § 9, 10, 12.

[2]) Impallomeni, op. cit. § 19.

[3]) Masucci, *Concorso di reati e di pene*, n. 48, nel *Digesto italiano*.

Infatti, aggiungiamo noi, una violazione, la violenza carnale, è causata da uno speciale proponimento e l'altra, l'eccitamento al mal costume, è causata da una rappresentazione per cui essa alla coscienza si presenta, per lo meno, come possibile.

43. Per arrivare alla soluzione che cerchiamo, si è proposto un altro mezzo: quello di distinguere le lesioni, le quali sono *scindibili* ossia tali che l'una possa prodursi senza che necessariamente si produca l'altra, dalle lesioni, che sono *inscindibili* ossia tali che o si producono tutte o non se ne produce alcuna.

Questa teoria, che io trovo nel Pacheco [1]), fu, come vedremo, accettata dalla giurisprudenza toscana e dalla nostra commissione legislativa del 1870, e venne, di seguito, mano mano ampliandosi, mentre su di essa ha, nuovamente, insistito il Masucci [2]).

44. Ma ancora non si è raggiunta la meta, ancora bisogna salire per l'erta faticosa.

Infatti, nè il criterio della corrispondenza tra l'intenzione e l'effetto reale, nè il criterio della inseparabilità, così come è inteso, possono riuscire sufficienti.

Non è sufficiente il secondo, poichè, in un senso, tutte le lesioni giuridiche possono dirsi separabili e, in un altro, tutte inseparabili. Che dire quando il reo affermi che non avrebbe potuto violentare quella monaca, chiusa nel chiostro, nè avrebbe potuto percuotere quel paralitico, che non lascia il letto, se non avesse anche, e inseparabilmente, violato il loro domicilio?

Non è sufficiente il criterio della corrispondenza tra l'intenzione e l'effetto reale, sia perchè, soggettivamente, è ben possibile che il reo voglia, in modo chiaro e distinto, e l'una lesione e l'altra, e sia perchè, oggettivamente, le due diverse lesioni possono sentirsi dai consociati come due diversi effetti reali. Così, come dicemmo, è ben possibile che il reo voglia, insieme, e il godimento sessuale violento e l'oltraggio al vincolo coniugale, e non può escludersi che la coscienza collettiva apprenda come distinte l'una e l'altra offesa.

Il criterio che noi proponiamo è un altro.

Si ha un solo reato, allor che la pluralità delle lesioni giuridiche è tale che esse si manifestano tutte nel mondo esterno, sia che il reo ne voglia una sola, sia che il reo le voglia tutte. Vale a dire, si ha un solo reato, quando, anche volendo una sola lesione, non

---

[1]) PACHECO, *El codigo penal concordado y comentado,* vol. I, 421 e seg. Madrid 1881.

[2]) MASUCCI, op. cit., n. 49 e seg

sia possibile non produrle tutte, e quando, a produrle, avendone voluto una, sia superfluo volere anche le altre.

Così la teoria è sottratta ad ogni presunzione d'unica intenzione, che può venire sconfessata da una prova contraria.

Di conseguenza, noi non diciamo, — a differenza di quel che dice l'Impallomeni [1] —, che l'adultera incestuosa sia rea d'un unico reato, sol perchè si è proposto un unico risultato, l'illecito amplesso: ma diciamo che essa, invece, è rea d'un unico reato, perchè, anche quando avesse voluto una sola lesione, ne avrebbe prodotto, ugualmente e necessariamente, due. Noi non diciamo al reo: rispondi d'un sol reato, perchè hai voluto una cosa sola; ma gli diciamo rispondi d'un sol reato, perchè se avessi voluto due cose non avresti prodottto un effetto maggiore, e se ne avessi voluta una non avresti prodotto un effetto minore.

Ora, è vero che il reato ha come punto di partenza una intenzione; ma, poichè il suo punto d'arrivo è la violazione della norma, è naturale che non si possa imputare, come un reato nuovo, quel di più di volontà che nulla ha prodotto e che nulla poteva produrre. In altri termini, — mi si conceda il paragone grossolano —, avviene della intenzione criminosa quel che avviene allor che, in un bicchiere pieno d'acqua, si metta dello zucchero: quando l'acqua è satura, l'altro zucchero è superfluo e non si scioglie.

Onde, la nostra teoria si fonda su d'una base essenziale, su d'una base obiettiva, che sussiste sempre, sia che l'agente voglia una lesione sola, sia che le voglia tutte, sia che si dimostri impossibile che egli tutte possa volerle.

Il nodo della questione, dunque, sta tutto nella differenza, che intercede tra lesioni separabili e lesioni inseparabili. A prima vista, parrebbe che si fosse detto tutto, allor che si chiamano inseparabili quelle lesioni così unite che l'agente o deve tutte produrle o deve a tutte rinunciare.

Ma, questo concetto non può accogliersi che in via provvisoria.

È necessaria, di fatti, una indagine più completa, che non è stata fatta nemmeno dal Masucci [2]).

Vi è una inseparabiltà *accidentale*, vi è una inseparabilità *naturale*, vi è una inseparabilità *giuridica*.

Esiste l'inseparabilità accidentale, quando non sia possibile stu-

---

[1]) IMPALLOMENI, op. cit., loc. cit.

[2]) MASUCCI, op. cit., loc. cit.

prare la monaca o bastonare il paralitico, senza violare il domicilio, perchè essi non possono, per ragioni diverse, uscire per le vie; quando si uccide il portinaio, per penetrare nella casa e rubare; quando, in piazza, si attenti al pudore d'una donna, che, altrimenti, non si potrebbe più incontrare.

Esiste l'inseparabilità naturale, quando si prodighino mali trattamenti, che devono di necessità produrre una grave lesione; quando si infligga una ingiuria con uno schiaffo, mentre non è possibile far ciò senza cagionare anche una percossa; quando si infligga una ingiuria col deturpamento del viso, mentre non è possibile far ciò senza causare anche una ferita.

Esiste l'inseparabilità giuridica, quando non sia possibile stuprare, senza violare anche il diritto domestico; quando non sia possibile rubare, senza violare anche i doveri del pubblico ufficio; quando non sia possibile ingiuriare, senza violare anche la dignità del pubblico ufficiale.

Basta questa frammentaria esemplificazione, per persuaderci che la pluralità di lesioni giuridiche possa dar luogo ad un unico reato, solo nella inseparabilità naturale e nella inseparabilità giuridica e non anche nella inseparabilità accidentale.

In quelle, le lesioni sono inseparabili in un *unico fatto,* in questa, le lesioni sono inseparabili in un *unico scopo.*

In quelle, basta volere una lesione, per causare necessariamente anche le altre, in questa occorrono tante volizioni per quante sono le lesioni. E questo stato di fatto non può, obiettivamente, non ripercuotersi nella coscienza dei consociati.

Quindi, la quistione della inseparabilità e della separabilità delle lesioni è indipendente da quella della unità o della pluralità delle azioni. Infatti, chi viola il domicilio per stuprare la donna, che sta sempre in casa, con due azioni diverse disubbidisce a due norme tutelate da diverse disposizioni di legge, non naturalmente nè giuridicamente inseparabili, e chi stupra, in mezzo alla via, una donna, che non potrebbe, altrimenti, incontrare, disubbidisce ad esse con una sola azione.

Da ciò segue che chi, con una sola azione, produce due o più lesioni naturalmente o giuridicamente inseparabili, non è reo del reato formato da una di queste lesioni, cioè dalla lesione maggiore. Ciò è assurdo. Come e perchè, domandiamo, le altre lesioni si elidono? Una lesione, domandiamo, cessa d'essere una lesione, sol perchè è fusa con un'altra? È vero che, in questi casi, come si è detto, non può volersi una lesione senza causare anche le altre, ma è anche vero — e la vita quotidiana ce lo dice — che in questi casi,

con la lesione voluta, si ha anche la rappresentazione delle altre, e che noi, ogni giorno, rinunciamo a dei vantaggi in vista, appunto. degli svantaggi che ad essi si ricollegano. Onde, pur quando le lesioni siano inseparabili, non resta diminuita la possibilità di rinunciare all'illecito lucro, considerando la violazione del pubblico ufficio; la possibilità di rinunciare al piacere carnale, considerando il vincolo di parentela; la possibilità di rinunciare ai mali trattamenti. considerando la grave malattia che ne deriva.

Quindi, parmi evidente doversi conchiudere che, nelle lesioni naturalmente o giuridicamente inseparabili, non si è rei d'una sola lesione, — la più grave, nella quale le altre restano assorbite e dico così, perchè, in realtà, l'assorbimento delle pene equivale all'assorbimento delle lesioni —; ma si è rei d'una lesione nuova e diversa, la quale è maggiore di ciascheduna di esse ed è minore della loro somma [1]. È minore, perchè ciò che è inseparabile non può imputarsi come ciò che è separabile; è maggiore, perchè la stessa inseparabilità rappresenta alla coscienza del reo i vari diritti violati. Si ha, dunque. un reato unico, ed è erroneo e fantastico parlare di reati che concorrono, sia pure idealmente...

Di conseguenza, se in un codice fosse possibile prevedere tutti i possibili e multiformi eventi della vita, se la vita non fosse più ampia e varia d'ogni previsione legislativa, io vorrei che, — facendosi sempre quel che, soltanto, alle volte, e nei casi più comuni e cospicui è stato fatto —, si costruissero tanti speciali reati, dovuti alla contemporanea e necessaria violazione di più lesioni inseparabili, cancellando ogni nozione relativa a questo così detto concorso ideale..

È ovvio come questi reati abbiano una natura e una funzione diversa dalla natura e dalla funzione di quei reati che il legislatore. per ragioni d'opportunità o per la tecnica del codice, — ad esempio, nell'omicidio *criminis causa* —, compone, riunendo delle lesioni separabili. che diventano inseparabili solo artificialmente.

---

[1]) Contro l'assorbimento, e per la completa parificazione del concorso ideale con il reale, sono HABERMAAS, op. cit., *passim*. — HAELSCHNER, op. cit., I. loc. cit. — JOHN, *Die Lehre von fortgesetzen Verbrechen und Verbrechen Konkurrenz*, II Berlin 1860 — GEYER, *Studi sul progetto del codice penale*, nella *Rivista penale*, I. Ma, evidentemente, la misura della pena non deve produrre preoccupazioni, che influiscano sulla nozione del reato: il reato è unico, la pena sarà quella che sarà. Si noti come questo nostro punto d'arrivo sia, per via diversa, analogo a quello dell'IMPALLOMENI, op, cit., I n. 130. Conf. CARRARA, *Programma* § 52.

II.

45. Le legislazioni contemporanee le distinguiamo, nel modo più semplice e logico, secondo che esse non abbiano ovvero abbiano una nozione del concorso ideale di reati.

Tra le prime, figurano, in primo luogo, la legislazione francese, la rumena, la ginevrina, l'austriaca, la russa, la danese, l'islandese, seguìte da quella per la Bosnia e l'Erzegovina, che è la letterale ripetizione dell'austriaca, da quelle dei cantoni di Neuchâtel, dei Grigioni, di Waadt, di Argovia, del Vallese, da quella di Monaco e da quelle della Turchia, dell'Egitto, del Giappone, della Bolivia e della Columbia.

Noi non sempre possiamo sapere sè gli autori di queste legislazioni non abbiano previsto il concorso ideale, sol perchè non se lo sono nemmeno proposto come problema o, proponendoselo, ne hanno omessa la soluzione come irrilevante, ovvero perchè hanno voluto affidar questa alla prudenza del giudice. Sappiamo, però, a quali risultati pratici si è arrivati sotto l'imperio di esse.

Ci basti limitare le nostre ricerche alle principali.

In Francia, i comentatori di quel codice, o non si propongono nemmeno un problema relativo al concorso ideale [1]), ovvero, se se lo propongono, se lo propongono per conchiudere che il concorso ideale corrisponde perfettamente ad un reato unico, perchè gli art. 365 e 379 del codice d'istruzione non prevedono che il concorso reale, e perchè, essendovi una sola risoluzione e un sol fatto, non è possibile, senza cadere in un *bis in idem*, applicare nello stesso tempo due pene [2]).

In Romania, quel codice non parla che del concorso reale (articolo 40), e la giurisprudenza non vede, in qualunque forma di concorso ideale, che un reato unico. Basti, ad esempio, la sentenza seguente: « non vi è cumulo di delitti, quando il commerciante fallito ha violato molti dei *casi* (*casurile*) previsti dalla legge in rapporto alla bancarotta semplice, allor che queste infrazioni, rapportandosi a questo fatto — bancarotta semplice —, non possono considerarsi come tanti delitti separati, ma come un solo delitto manifestato con molte

---

[1]) LE SELLYER, *Trattato dei reati, delle pene e della responsabilità*, vol I, n. 249. Torino, 1886. — CHAUVEAU e HÉLIE, *Théorie du code pénal*, vol. I, n. 171 e seg. Paris 1887.

[2]) GARRAUD, *Traité theorique et pratique du droit pénal français* vol. II, n. 170. Paris 1888-94.

infrazioni (*împrejurâri*) » [1]. In essa, il punto d'arrivo mi pare evidente, quantunque non sia chiaro se qui si preveda un vero concorso formale o piuttosto un reato continuato.

In Austria, quel codice, nei § 34 35 e 267, dispone che colui, il quale commette più reati, debba punirsi per quello, per cui è comminata la pena più grave, avuto riguardo però agli altri come motivo d'aggravamento. La giurisprudenza ha ritenuto che « qualora una medesima azione comprenda in sè diverse lesioni del diritto, le quali tutte non siano per legge richieste a costituire oggettivamente un medesimo reato ed a ciascuna delle quali sia d'altro canto dalla legge irrogata una speciale pena — che per l'una o l'altra di esse non sia più grave che per le altre — si ha una vera e reale concorrenza di più azioni punibili, ogni qualvolta sussistano gli elementi di ciascuna di queste azioni, senza che gli uni siano compresi negli altri » [2]. Queste disposizioni sono ribadite nei § 44 *a*, *b* e 263 *l*. A tale aggravamento non si dà luogo, quando una lesione sia essa stessa un elemento costitutivo o una qualifica dell'altra. In questo senso soltanto, la Cassazione ha detto che concorrano idealmente, ad esempio la seduzione, prevista dal § 132, e gli atti di libidine, previsti dal § 128 [3]. Questo è un codice dal quale, a ragion veduta, venne esclusa ogni distinzione tra concorso reale e concorso ideale, resa inutile, del resto, dal sistema dell'assorbimento limitato [4].

In Russia, nella pratica, con l'art. 152, si ammette che sia reo di due omicidi colui che, con un sol colpo, uccida volontariamente due persone, e che sia reo di due ingurie colui che, con una sola parola, volontariamente offenda due persone [5].

Nè dissimile è la soluzione con il codice danese (§ 62) e, quindi, con la sua copia, il codice islandese (§ 63) [6].

---

[1]) Cassazione rumena, 30 novembre 1873 (FRATOSTITEANU, *Codicele penal adnotat cu jurisprudenta romana*, pag. 34, n. 5. Bucuresci 1891).

[2]) Cassazione di Vienna, 18 marzo 1875, n. 2634 (*Allgemeine österreichische Gerichtszeitung*, 1875, n. 153).

[3]) Cassazione di Vienna, 6 dicembre 1880, n. 9460 (nella giurisprudenza riportata nel codice edito dal MANZ. Vienna 1888).

[4]) IANKA, *Das österreichische Strafrecht*, p. 164 e seg. Prag 1884 — HERBST. *Handbuch des österreichiscen Strafrechts*, II § 34, 35. Wien 1883.

[5]) TAGANZEFF, *O portorenii prestuplenii*. S. Peterburg 1867. — Id., *Leczii po russcomu pravu*, IV, 1723. S. Peterburg, 1888. — IFLIJAND, *Porodi priminenjia* 133 st.. in *Giurnal Ministerstva Justizii*, 1898.

[6]) TORP, *Om Straffen*, p. 149 e seg. Kjobenhavn, 1894.

Questa via è seguíta dal progetto austriaco (§ 76) e dal progetto svizzero (§ 42); anzi in quest'ultimo si parla soltanto del concorso delle pene [1]).

46. Passiamo ora alle legislazioni che hanno la nozione del concorso ideale.

Le distingueremo in due gruppi: legislazioni che parificano il concorso ideale al concorso reale, e legislazioni che distinguono l'uno dall'altro.

Al primo gruppo appartengono i codici della Grecia, di Zurigo, di Appenzell, di Zug, di Schwyz, di S. Gallo.

Guardiamo questi codici.

Nel codice greco, l'art. 110 dispone che il regime del concorso reale si applica ai casi seguenti: quando il colpevole, per le circostanze peculiari della sua persona o del suo reato (*κατὰ τὰς ἰδιαιτέρας τοῦ προσώπου του ἢ τῆς πράξεως σχέσεις*), avrà contravvenuto con un solo e medesimo fatto (*διὰ μιᾶς καὶ τῆς αὐτῆς πράξεως*) a più leggi penali (*πολλοὺς ποινικοὺς νόμους*); quando, in riguardo a più intenti (*ἐὰν ἐξ αἰτίας πολλῶν σκοπῶν*) contrari alla legge penale, il medesimo fatto avrà riunito in sè medesimo più reati (*ἡ αὐτὴ πρᾶξις ἐνόνῃ πολλὰς ἀξιοποίνους πράξεις*); quando, con un sol fatto, per riguardo all'intento e ai mezzi impiegati (*κατά τε τὸν σκοπόν της καὶ τὰ πρὸς τοῦτον συντελέσαντα μέσα*), saranno stati commessi più crimini o delitti, specialmente caratterizzati (*ἰδίως χαρακτηριζόμενα*).

In queste due ultime formole, si comprendono evidentemente le ipotesi di cui, come vedemmo, è esempio tipico l'uccidere due persone con un sol colpo, mentre nella prima si comprendono le ipotesi, di cui è esempio tipico la violenza carnale incestuosa [2]).

Il codice di Zurigo (§ 64) dichiara che si hanno più reati, sia che essi vengano commessi con una sola e identica azione (*in einer und derselben Handlung*), sia che vengano commessi con diverse azioni (*in verschiedenen Handlungen*).

Che questa disposizione si riferisca alle due specie di concorso, risulta dagli scrittori e dalla giurisprudenza. Ma si tende, a limitare, nella pratica, la severità della legge, non assimilando al reale il concorso ideale. Questo aggrava la pena, quando si produca un danno maggiore di quello che si produce negli altri casi, come nella violenza carnale accompagnata da adulterio; viceversa, non v'è alcun concorso

---

[1]) *Exposé des motifs de l'avant-projet de code pénal suisse,* pag. 72. Bâle et Genève 1893.

[2]) Ραλλη, οι ελληνικοι κωδικες, I, β 216. Atene 1875.

quando, nel codice, si preveda espressamente, quale reato aggravato, quello che nasce dall'unione di più reati, come nell'istigazione prevista dal § 108, e quando una infrazione è il necessario mezzo con cui l'altra si esplica, e, di conseguenza, non vi è concorso tra furto con effrazione e danneggiamento, tra rapina e minaccia tendente a farsi rilasciare la cosa [1]).

Identiche a questa del codice di Zurigo, sono le disposizioni accolte nei codici di Zug (§ 40), di Appenzell (§ 49), di Turgovia (§ 51), della Glaronna (§ 42). Simili sono le disposizioni accolte nei codici di Schwyz (§ 42), di S. Gallo (§ 38) e di Sciaffusa (§ 78) [2]).

Si noti che per tutti questi codici, i quali parificano il concorso ideale con il concorso reale, il regime penale è sempre quello dell'assorbimento limitato. Vale a dire si applica la pena, comminata alla infrazione più grave, e delle altre infrazioni si tien conto come di circostanza aggravante. E questo, appunto, ha influito a far negare importanza alla distinzione tra i due concorsi.

Tra questi codici, il codice che, in questi casi, ammette un più forte aggravamento di pena, è il zurighese, per cui il giudice può superare di metà il massimo della pena, decretata dalla legge, e può anche passare ad una specie di pena più grave.

Appartengono al secondo gruppo, vale a dire distinguono il concorso ideale dal concorso reale, moltissime legislazioni. Ma, per il loro numero, per la loro complessità e per le loro differenze, dobbiamo suddividerle ancora, secondo vari tipi.

Cominciamo con mettere da parte il codice di S. Marino, perchè esso ha del concorso ideale la nozione più larga e più dottrinaria. Questo codice comincia col dire che è reiteratore il colpevole di più reati *separati* e *distinti* della stessa o di diverse specie, senza che per alcuno sia intervenuta condanna irrevocabile; dice poi che, di conseguenza, non è reiteratore il colpevole di *una sola* azione, benchè con essa vengano violate ad un tempo più disposizioni della legge punitiva, e il colpevole di una sola azione, benchè da essa siano derivati « molteplici avvenimenti » contrari alla legge penale; e finisce col dire che non costituisce reiterazione il concorso di più azioni, che, prese in complesso, costituiscono un reato e che, « isolatamente riguardate », non lo costituiscono, nè il concorso di più

---

[1]) La giurisprudenza è riportata dal BENZ, *Das Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich*, pag. 48 e seg. Zürich 1886.

[2]) STOOS, *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts*, I, 417. Basel und Genf 1892-93. — PFENNINGER, *Das Strafrecht der Schweiz*, p. 764 e seg. Berlin, 1890.

azioni, che, quantunque isolatamente prese, costituiscono altrettanti reati, pure « riguardate in complesso » costituiscono un solo reato, nè il concorso di « più reati commessi in un medesimo contesto di azione, e dipendenti da una sola risoluzione criminosa [1] ».

Tra gli altri codici, un primo tipo è dato dal germanico, dall'ungherese, da quelli di Lucerna, Obwalden, Berna, Basilea, Soletta e Ticino, dal norvegese, dal bulgaro, dal messicano, da quelli dell'Uruguay e dal Paraguay, dal progetto per la Croazia e la Slavonia, per i quali l'unicità dell'azione produce l'unicità del reato.

Il codice germanico, in una prima disposizione, dice che quando una sola e medesima azione (*eine und dieselbe Handlung*) viola più leggi penali, sarà applicata soltanto quella che infligge la pena più grave, e, quando le pene sono di specie diverse, quella che infligge la specie di pena più grave (§ 73).

Questa disposizione, relativa al concorso ideale, è resa più chiara dalla successiva, per cui il concorso reale consiste nel commettere più crimini o più delitti o nel commettere più volte (*mehrmals*) lo stesso crimine o lo stesso delitto, mediante più azioni di per sè stanti (*mehrere selbstständige Handlungen*) (§ 74) [2].

Basta leggere queste parole, per convincersi come l'unica differenza tra i due concorsi sia fondata, esclusivamente, sulla differenza tra la unicità e la pluralità dell'azione. Onde, la dottrina e la giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che, in questo codice, sia sottinteso il presupposto generale, per cui si applica una sola volta la legge penale, se in questa una sola volta rientri il fatto del giudicabile, ovvero se un fatto incriminato da una stessa legge sia stato commesso più volte in danno di più persone, e che si è, invece, espressamente regolato il caso in cui sia necessario scegliere tra diverse disposizioni di legge, essendo questo il solo caso che potea riuscire dubbioso. Di conseguenza, sempre, — e soltanto allora —, che l'applicazione delle varie disposizioni di legge sia causata

---

[1]) Cfr. ZUPPETTA, *Codice penale per la repubblica di S. Marino*, I, pag. 35. Ravenna 1859.

[2]) BERNER, op. cit., loc. cit. — VON LISZT, op. cit., loc. cit. — GEYER, *Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht*, I § 60. München 1884-85. — BINDING, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, I, 574. Leipzig 1885. — MERKEL, *Die Strafanwendung durch den Richter*, § 10 e seg., in HOLTZENDORFF'S *Handbuch des deutschen Strafrechts*, II. Berlin 1871. — SCHWARZE, *Commentar zum Strafgesetzbuche für das deutsche Reich*, pag. 299 e seg. Leipzig 1884. — OPPENHOFF, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, pag. 204 e seg. Berlin 1885. — OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, I, pag. 343 e seg. Berlin 1892. — RÜDORFF, *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, pag. 240 e seg. Berlin 1892.

da azioni distinte, da azioni per sè stanti, si esula dal concorso ideale e si entra nel concorso reale. Si noti, intanto, e questo è essenziale, che l'azione (*Handlung*) non è da confondere con l'atto (*Akt*), potendo quella, pur rimanendo unica, esser composta con più di questi; nè col fatto (*That*) o con il risultato (*Erfolg*), mentre questi non sono che il punto d'arrivo di quella [1]).

Tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto che si abbia una pluralità di reati, quando, e anche di fronte all'istigatore, con una sola istigazione, si producono due reati distinti [2]); quando si faccian morire più persone, mediante il veleno imbandito in una sola mensa [3]); quando, con una sola denunzia, si calunniino più persone [4]).

Nello stesso modo, il codice ungherese dice, che se, con una sola azione (*eine Handlung*), sono state violate più disposizioni del codice penale, si applica soltanto quella disposizione, che importa la pena più grave e, rispettivamente, la specie di pena più grave (§ 95).

Poi, per indicare il concorso reale, parla d'una persona che ha commesso più azioni punibili (*mehrere strafbare Handlungen*) o più volte la stessa azione punibile (*dieselbe strafbare Handlung mehrmals*) (§ 96).

Onde, non solo questo codice, ad esempio del germanico, fa consistere la differenza tra i due concorsi nella differenza tra l'unicità e la pluralità dell'azione, ma, parlando di colui che commette una azione, che è preveduta da più disposizioni di legge, e parlandone in contrapposto di colui, che commette più azioni punibili, arriva ad una nozione tale, da non potersene immaginare un'altra più perspicua.

Le applicazioni pratiche del codice ungherese sono non dissimili per questa parte, da quelle del codice germanico [5]).

E, poichè abbiamo confrontato questi due codici, diciamo ancora che il codice germanico limita il concorso reale ai soli crimini e ai delitti, estendendo, invece, il concorso ideale ad ogni infrazione, e

---

— THOMAS, *Ueber das Wesen der idealen Konkurrenz von Delicten und seine theoretischen und praktischen Konsequenzen bei der Bestrafung*. Freiburg 1897 — JACOBS. *Die ideale Konkurrenz*. Erlangen 1897.

[1]) BERNER, op. cit., § 62 — LISZT, op. cit., I, § 28, 54.

[2]) Tribunale superiore prussiano, 13 decembre 1871 (*Archiv für preussisches und deutschen Strafrecht*, XIX, 803); Tribunale supremo germanico, 7 luglio 1884 e 16 aprile 1886 (*Entscheidungen des Reichsgerichts*, XI, 37; XIV, 92).

[3]) Tribunale superiore di Monaco, 16 marzo 1877 e 5 aprile 1878 (STENGLEIN'S. *Zeitschrift für Gerichtspraxis in Deutschland*, VII, 26; VIII, 92).

[4]) Tribunale superiore di Monaco, 15 aprile 1876 (*Ibidem*, VI, 235).

[5]) MAYER, *Das ungarische Strafgesetzbuch*, pag. 154. Wien 1878.

quindi anche alle contravvenzioni, laddove il codice ungherese (questo, che abbiamo citato, cioè il codice per i crimini e i delitti) parla di concorso di infrazioni, ed è richiamato dall'altro codice ungherese (cioè da quello per le contravvenzioni): §§ 12, 29 e seguenti.

Questo sistema è seguìto dai codici dei cantoni di Lucerna (§ 73), Obwalden (§ 32), Berna (§ 58), Basilea (§ 44), Soletta (§ 54) [1].

Invece il codice ticinese, riproducendo le parole e le incertezze del codice toscano, dice che, ove una sola e medesima azione costituisca più titoli di crimine o delitto, deve sempre riportarsi sotto di quello a cui è comminata la pena più grave (art. 64) [2].

L'unità d'azione dà luogo al concorso ideale anche nel progetto per la Croazia e la Slavonia (§ 83) [3].

Nello stesso modo, il codice norvegese deriva il concorso ideale dall'unicità dell'azione (*en Handling*) e lo assoggetta, al pari del concorso reale, al regime dell'assorbimento [4].

Similmente, per il codice della Bulgaria, vi è concorso ideale, quando, con una sola e medesima azione (*edno i sgsc'co djejanie*), si violano più disposizioni della legge penale, e si applica la pena più grave (art. 63); vi è concorso reale, quando una stessa persona ha commesso più azioni punibili o più volte la stessa azione punibile (*prestgpni djejanija, ili e izvrscilo njecolco pgti edno i sgsc'co prestgpno djejanie*) (art. 64), e vedremo quale pena si applichi [5].

Il codice svedese, pur informandosi in fondo agli stessi concetti, ha una nozione più ampia. Se un'azione (*en Handling*) racchiuda più infrazioni, sarà applicata la pena più grave, se ognuna di esse è punita con una pena diversa, e sarà applicata la pena comune, se ognuna di esse è punita con la stessa pena. L'infrazione, per cui una pena particolare non è pronunziata, sarà, in questi due casi, considerata come circostanza aggravante. Se una di queste infrazioni è punita con la destituzione o se essa porta la pena accessoria, menzionata nei §§ 15, 19 o 20 del capitolo II questa destituzione o questa pena accessoria sarà anche pronunziata ed aggiunta. Lo stesso avviene se un'azione comprende delle infrazioni,

---

[1]) STOOSS, op. cit., I, loc. cit. - PFENNINGER, op. cit., loc. cit.

[2]) STOOSS, op. cit., I, loc. cit. — PFENNINGER, op. cit., loc. cit.

[3]) TAUFFER, *Gesammelte Wohlmeinungen über den Kroatischen Strafgesetzentwurf*, pag. 168 e seg. Wien 1882.

[4]) SCHWEIGAARD, *Commentar over den norske Criminallov*, I, 300 e seg. Christiania 1882.

[5]) ALIMENA, *Il primo codice penale bulgaro*, nella *Rivista penale*, XLVII.

che, per diverse ragioni (*som i särskilda afseenden*), sono punite con pene differenti (cap. IV, § 1).

Anche questo codice ravvisa il concorso reale nella perpetrazione di più azioni punibili (*brottsliga handlingar*) (cap. IV, § 2) [1].

Nello stesso modo, il codice finlandese dispone che, quando più infrazioni siano state commesse con la stessa azione (*handling*), non sarà pronunziata che una sola pena, se si tratta d'una pena generale, ma la circostanza della pluralità delle infrazioni sarà considerata come aggravante. Se, per queste infrazioni, siano comminate pene differenti, si applicherà la disposizione più rigorosa. Se una di tali disposizioni commina la prigionia, sola o congiunta con l'ammenda, mentre un'altra commina la reclusione, la pena della prigionia, diminuita di un terzo, sarà convertita in reclusione, a meno che l'ultima disposizione commini, nello stesso tempo, una pena meno severa e il giudice stimi che questa pena debba applicarsi (cap. VII, § 1).

Anche questo codice ravvisa il concorso reale nella perpetrazione di più azioni punibili (*brottsliga handlingar*) (cap. VII, § 3) [2].

Il codice messicano esclude dalla regola del concorso il caso in cui una sola azione (*acción*) viola più disposizioni della legge penale (art. 28).

L'unicità dell'azione (*acción*) dà luogo al concorso ideale, per i codici dell'Uruguay (art. 79) e del Paraguay (art. 178), per i quali si applica la sola pena comminata per l'infrazione più grave.

Riassumendo, diciamo che tutte le legislazioni di questo tipo ricavano dall'unità dell'azione l'unità del reato.

Per quanto riguarda la pena, talune, come la germanica e l'ungherese, comminano una pena sola, quella della infrazione più grave, e non tengono conto delle altre infrazioni concorrenti; altre, la svedese e la finlandese, comminano la pena per l'infrazione più grave e tengono conto delle altre, come di circostanze aggravanti.

A questo tipo, può ricondursi il codice di Friburgo, il quale, benchè parli di atto (*acte*) e non di azione (art. 69), — e l'atto, come dicemmo, è una parte dell'azione —, nondimeno indubbiamente, sebbene impropriamente, identifica l'uno con l'altra.

Il secondo tipo è dato dai codici belgico, lussemburghese, olandese, portoghese, brasiliano, per i quali l'unicità del fatto produce l'unicità del reato.

Il codice belgico dispone che, quando lo stesso fatto (*même fait*) costituisca più infrazioni, si applica soltanto la pena più forte (art. 65).

---

[1]) UPPSTRÖM, *Sveriges Rikes Lag*, pag. 185. Stockholm 1899.

[2]) FORSMANN, in *La législation pénale comparée*, I, 567. Berlin 1894.

Tutto il contendere si riduce qui, — come ho detto nella introduzione, come ho detto nella parte teorica di questo capitolo e come dirò nel comento del nostro codice —, intorno ad una possibile differenza tra il « fatto » e l'« azione ».

Ma questa differenza, per quanto per noi, sia reale ed essenziale, nondimeno, per il codice belgico, è inesistente, poichè esso usa la parola « fatto » appunto nel significato di « azione ». E questo è tanto vero che il codice del Lussemburgo, il quale, — come è noto —, è una riproduzione del codice belgico, nel testo francese dice « *fait* » mentre nel testo tedesco dice « *Handlung* » (art. 65).

Del resto, i comentatori del codice belgico non parlano del « fatto » come di cosa diversa dall'« azione ». Lo Haus non distingue [1]). Il Nypels non distingue e cita, come esempi di concorso formale, così fatti previsti da diverse disposizioni di legge penale, come fatti previsti da una medesima disposizione [2]).

Il Prins parla d'azione, lì dove il codice, che egli comenta, parla di fatto, e cita, come esempio di concorso ideale, il caso dell'*aberratio ictus* che per lui è un concorso di tentativo e d'omicidio colposo, e il caso della bomba lanciata sulla via del capo di uno Stato, la quale, scoppiando, uccide più persone [3]).

Ad una lunga discussione ha dato luogo l'art 154 di questo codice penale il quale dispone che se uno dei delitti, previsti dagli art. 148 a 151, — vale a dire gli attentati portati dai pubblici ufficiali ai diritti garantiti dalla costituzione —, sia commesso falsificando la firma d'un pubblico ufficiale, gli autori del falso e coloro che, malignamente o fraudolentemente, ne hanno fatto uso sono puniti con i lavori forzati da dieci a quindici anni. In questa disposizione, il Nypels vede una deroga all'articolo 65 [4]), e lo Haus vi vede, invece, il riconoscimento di un concorso materiale tra un delitto contro la costituzione, punito con la prigionia (art. 148, 151), e il delitto di falso o uso di falso in una scrittura autentica o pubblica (art. 194, 195, 197), che si punisce, per i pubblici ufficiali, con i lavori forzati da dieci a quindici anni, proprio quanti ne sono inflitti dall'articolo 154 [5]).

Anche il codice olandese dice che, quando più disposizioni della

---

[1]) HAUS, op. cit., II, n. 857.

[2]) NYPELS, op. cit., I, pag. 119 e seg.

[3]) PRINS, op. cit., n. 188 e seg.

[4]) NYPELS, op. cit., I, pag. 383.

[5]) HAUS, op. cit., II, n. 857 in nota.

legge penale siano applicabili allo stesso fatto (*een feit*), non si applica che una di queste disposizioni, e, quando siano differenti, la disposizione che commina la più forte pena principale. Se per un fatto, a cui è applicabile una disposizione generale della legge penale, esiste anche una legge penale speciale, si applica soltanto questa (art. 55). [1]).

Così fa anche il progetto argentino (art. 78) [2]) e il progetto francese (art. 91).

Il codice portoghese dispone che, quando lo stesso fatto (*mesmo facto*) è previsto e punito da due o più disposizioni di legge, come costituente crimini diversi, non vi è concorso di crimini (articolo 38) [3]).

Con il codice olandese, con il portoghese e con il progetto argentino, non si confonde, certamente, il fatto con l'azione.

Il codice brasiliano dispone che, quando con lo stesso fatto (*mesmo facto*) e con una sola intenzione (*só intençâo*) si commettono più crimini, si applica nel grado massimo la pena più grave, in cui il colpevole è incorso (art. 66, § 3).

E, in questo codice, benchè sempre il fatto coincida con l'azione, nondimeno si dice che si tratta di più reati, benchè se ne punisca uno solo. E questo è già qualche cosa [4]).

Riassumendo, diciamo che i codici di questo tipo fanno dipendere l'unicità del reato dall'unicità del fatto, la quale, per taluni di essi, in ultima analisi, non è che l'unicità dell'azione.

Un altro tipo è dato dal codice spagnuolo e dai codici del Chilì, dell'Equatore, di Costa-Rica e di Nicaragua, i quali tutti, non solo fanno dipendere l'unità del reato dell'unità del fatto, ma orientano la nozione del fatto in modo speciale.

Il codice spagnuolo, dopo aver date le regole relative al concorso materiale, aggiunge che esse non si applicano, nel caso in cui un sol fatto (*un solo hecho*) costituisca due o più delitti o quando uno di essi sia mezzo necessario per commettere l'altro, onde si applica la pena corrispondente al delitto più grave, applicandola nel suo grado massimo (art. 90).

---

[1]) PETERSON RAMRING, *Bijdrage tot de leer van den samenloop van strafbare handelingen*. Utrecht 1885.

[2]) PINERO, RIVAROLA e MATIENZO, *Proyecto de codigo penal para la republica argentina*, pag. 92. Buenos Aires 1891.

[3]) DIDIER, *Novo codigo penal*, all'art. 38. Porto 1889.

[4]) VIEIRA DE ARAUJO, *Codigo penal commentado theorica e praticamente*, II, pagina 344. Rio de Janeiro 1897.

Si noti intanto, che, — nel codice spagnuolo abolito, cioè nel codice anteriore al codice attuale —, era specialmenie prevista tra le circostanze aggravanti, quella della perpetrazione del reato come mezzo per commetterne un altro (art. 10, n. 11). Onde, il Pacheco, coordinando questa disposizione con quella dell'art. 11, corrispondente all'attuale art. 90, enunciava una importante teorica, secondo la quale distingueva i reati, che sono sempre mezzo per commetterne un altro, dai reati che possono esser fini a sè stessi e possono essere mezzo. Come esempio della prima specie, egli citava il falso, osservando che nessuno falsifica per il gusto di falsificare, ma falsifica per procurarsi un vantaggio pecuniario; e come esempio della seconda specie, egli citava l'omicidio, osservando che esso può essere fine a sè stesso, quando si uccida per vendetta, e può essere mezzo per un altro reato, quando si uccida per rubare. Egli, poi, divideva questa ultima ipotesi in due altre, a seconda che il reato-mezzo fosse più grave del reato-scopo, ad esempio l'omicidio a scopo di furto, ovvero il reato-scopo fosse più grave del reato-mezzo, ad esempio l'ingiuria per provocare un omicidio. Da queste premesse, arrivava, finalmente, a questa triplice conclusione: non si ha l'aggravante, per quei reati i quali, per la natura delle cose, non possono essere degli scopi, ma sono dei mezzi, e non si ha l'aggravante perchè, altrimenti, si verrebbe a punire per la seconda volta ciò che è già stato punito; non si ha l'aggravante, per quei reati, che sono più gravi dei reati a cui servono di mezzo, e non si ha l'aggravante, perchè, avendosi un reato gravissimo, esso ha sempre la stessa gravità qualunque ne sia lo scopo; si ha, al contrario, l'aggravante per quei reati, che sono meno gravi dei reati, a cui servono di mezzo, e si ha l'aggravante, perchè l'allarme è maggiore quando l'azione non si esaurisce in sè stessa. E il Pacheco proponeva queste distinzioni, perchè, per lui, si ricavavano dalla ragione, pur non essendo nel codice [1]).

Nel codice spagnuolo vigente, come si disse, questa circostanza aggravante venne cancellata (art. 11). E perchè? Per la possibilità che ad un reato, commesso come mezzo, non segua il reato che dovea esserne lo scopo, come quando si uccida a scopo di furto, e poi non si commetta il furto [2]).

Quindi, oggi, in Ispagna, il nesso di mezzo a fine è una delle

---

[1]) PACHECO, op. cit. I, pag. 230 e seg., pag. 421 e seg.

[2]) GONZALEZ Y SERRANO, *Apendice a los comentarios de* PACHECO, pag. 25. Madrid 1885.

forme di concorso ideale, senza che si possano fare le suddistinzioni che venivano fatte dal Pacheco. Di conseguenza, applicata la pena decretata dal codice, non è più lecito inasprirla per essere un reato il mezzo della perpetrazione dell'altro.

Il sistema del vigente codice spagnuolo è seguìto letteralmente dai codici dell'Equatore (art. 76), di Costa-Rica (art. 82), di Nicaragua (art. 64), del Chilì (art. 75).

Le conseguenze pratiche sono le stesse. Tanto che il Vera, comentando il più notevole di questi codici che seguono lo spagnuolo, cita come esempio di concorso ideale, punibile con la pena dell'infrazione maggiore, la violenza carnale incestuosa, la violazione di domicilio a scopo di ratto, la falsificazione d'un documento di credito per procurarsi un vantaggio [1]).

Il lato più importante del vigente codice spagnuolo e dei codici, che lo seguono, è, evidentemente, quello relativo al concorso ideale derivante dal nesso di mezzo a fine. E, poichè, tutti questi codici parlano di mezzo necessario (*medio necesario*), chiaro risulta che il concorso ideale dovrebbe sparire, entrandosi, quindi, nel concorso reale, allorchè un reato, pur essendo servito di mezzo all'altro, non nè è tuttavia un mezzo necessario [2]).

Si noti, intanto, che il progetto, presentato dal Silvela, segue, per questa parte, nè più nè meno che il codice vigente, e, anzi, va più in là, perchè non richiede che un reato sia servito di mezzo necessario, contentandosi, come si è detto or ora, che sia servito di mezzo (art. 33, 111).

A questi codici avvicino il codice argentino, per cui il colpevole, il quale, in occasione dell'esecuzione del delitto che si propone commettere, ne perpetra altri, sarà punito con la pena più grave, e gli altri si considerano come circostanze aggravanti (art. 87).

Nel diritto inglese, questo argomento è assai arduo, sia perchè manca una disposizione di legge che, in generale, lo contempli, sia anche perchè s'intreccia con disposizioni molteplici di procedura [3]).

Notevole è il caso seguente. All'udienza della « *Central Criminal Court* » del 16 dicembre 1889, un tal Miles si presentava come accusato di lesione personale. La difesa eccepì che i fatti, su cui tale accusa era fondata, erano già stati l'obietto d'una condanna.

---

[1]) VERA, *Codigo penal de la republica de Chile comentado*, pag. 242. Santiago de Chile 1883.

[2]) PACHECO, op. cit., I, pag. 422. — VERA, op. cit. loc. cit.

[3]) SCHUSTER, in *La legislation pénale comparée*, I, 652. Berlin 1894.

per un reato diverso — « *assault* » —, emanata da un tribunale di « *Summary Jurisdiction* ». La corte, allora, rinviò la causa alla corte dei « *Crown Cases Reserved* », e questa, con sentenza dell'8 febbraio 1890, prosciolse l'accusato, dichiarando che i fatti, che furono obietto di condanna o di assoluzione da parte d'un tribunale competente, non possono dar luogo ad una seconda accusa. Il giudice Hawkins, l'attuale Lord Brampton, aggiunse, però, che non possa affermarsi che, in ogni caso, una condanna o un'assoluzione per « *common assault* », pronunziata da un tribunale di « *Summary Jurisdiction* », debba servire come difesa contro un'accusa per un delitto, di cui questo « *common assault* » fu elemento costitutivo. Onde, in casi d'omicidio volontario (*murder*) o di violenza carnale (*rape*), la condanna o l'assoluzione per « *assault* », pronunziata dal tribunale di « *Summary Jurisdiction* », non potrebbe servire come difesa, perchè i fatti costituenti quei due delitti non entrano nella competenza del magistrato che avea precedentemente pronunziato [1].

Quest'ordine d'idee, però, non ebbe seguito, sia perchè la lesione personale non entra nella competenza dei tribunali di « *Summary Jurisdiction* », sia perchè il materiale della lesione personale è diverso del materiale dello « *assault* » [2].

Quando, per altro, il fatto materiale d'un delitto racchiude più azioni, ognuna delle quali, anche presa isolatamente, sia un delitto, nulla vieta che colui, che è stato condannato o assoluto per qualcheduna di queste azioni elementari, possa essere, nuovamente, processato per il fatto più grave [3].

Come da tutti si vede, in Inghilterra il nostro problema ha una orientazione del tutto diversa: è un problema di procedura.

Nulla riscontriamo nel diritto scozzese.

III.

47. Il codice sardo del 1859 ed il codice sardo-napoletano del 1861 non avevano alcuna disposizione, che regolasse la pluralità di lesioni giuridiche derivanti da un'azione unica.

Ma la giurisprudenza non escluse che da un'unica azione potessero, in tal caso, originarsi più reati, dandosi luogo così ad un con-

---

[1] Regina v. Miles (*Law Reports* 24 *Queen's Bench Divison*, 423: *Court of Crown Cases Reserved*).

[2] E che non abbia avuto seguito me lo dice, in una lettera, lo SHUSTER.

[3] R. v. Morris (1 *Crown Cases Reserved*, 90).

corso reale: a quel concorso reale che quei codici, come vedremo, espressamente regolavano.

Infatti, si era, assai di frequente, deciso, che in tema di caccia, con « un sol fatto », si potessero commettere due contravvenzioni [1]; e, qualche volta, si decise che, con « un sol fatto », si potesse commettere violazione di domicilio e violazione del pudore [2].

Però, la sentenza più notevole è quella relativa al processo a carico di tal Nicola Cordigliani, il quale, nel 25 giugno 1880, da una tribuna della Camera dei deputati, aveva scagliato due grosse pietre contro il banco della presidenza e contro il banco dei ministri, mentre i deputati verso quei banchi si raccoglievano per votare. Egli, benchè avesse operato con un'azione unica e sola, venne condannato per due reati distinti: eccitamento allo sprezzo e al malcontento contro le istituzioni costituzionali (art. 471) e mancato ferimento di più persone (art. 539 n. 1, 2).

E la Cassazione di Roma — estensore Tancredi Canonico — sentenziò: « l'unicità del fatto non esclude che con esso siansi lesi due diritti, i quali risultarono non solo intrinsecamente diversi, ma appartenenti per di più a categorie affatto fra loro distinte, e che concorresse nell'agente una duplice intenzione criminale, rispondente a ciascuna di queste due distinte lesioni, e che di conseguenza si trattava di due reati fra loro distinti » [3].

A questa sentenza ne seguì un'altra, anche essa assai notevole, nella causa a carico di tal Francesco Cassese, il quale, nel 6 lu-

---

[1]) Cassazione di Torino, 28 febbraio 1879 (*Rivista penale*, X, 221); 27 marzo 1879 (*Rivista penale*, X, 333); Cassazione di Roma, 30 novembre 1877 (*Rivista penale*, VII, 145); 7 gennaio 1880 (*Rivista penale*, XI, 530); 19 marzo 1880 (*Rivista penale* XII, 268). In senso contrario, Cassazione di Torino, 25 febbraio 1880 (*Rivista penale*, XII, 272).

[2]) Cassazione di Roma, 10 giugno 1883 (*Rivista penale*, XIX, 82); Cassazione di Palermo, 12 maggio 1884 (*Rivista penale*, XX, 228). In senso contrario, Cassazione di Palermo 16 marzo 1882 (*Rivista penale*, XVII, 60); 21 giugno 1883 (*Rivista penale*, XIX, 363). La contraddizione tra la prima e le altre due sentenze di Palermo, si spiega laddove si pensi che, in quella, la violazione di domicilio fu ritenuta come offesa fatta a coloro, che coabitavano con la fanciulla, che si volea violentare. Ma, evidentemente, la pluralità del soggetto passivo non scuote la nostra tesi.

[3]) Cassazione di Roma, 12 novembre 1880 (*Rivista penale*, XIII, 236). Nella rivista *Il Filangieri* (anno VI, parte II, pag. 60 e seg.), si combatteva questa sentenza, e in modo assai aspro. Però il valoroso critico, il GRIPPO, non faceva che citare gli autori, che seguono l'opinione opposta. S'intende bene che, qui, ci limitiamo ad accettare il principio poichè non spetta a noi il ricercare se, in quel reo, concorresse anche la volontà di ferire.

glio 1884, scacciò con minacce un prete dalla chiesa, in modo che i devoti raccolti per il vespero si allontanarono e la chiesa rimase deserta. Anche lui, benchè avesse operato con un'azione unica e sola, venne condannato per due reati distinti: insulti ed oltraggi contro i ministri del culto nell'esercizio delle loro funzioni (art. 187) e violento impedimento o turbamento delle funzioni sacre (art. 183).

E la Cassazione di Napoli — estensore il De Marinis — decise che « l'unicità del fatto nessuno ha sostenuto mai che sia incompatibile con la pluralità dei reati. Il fatto è la parte materiale e generica dei reati, la quale si determina e specifica per l'intenzione e per il danno. L'unicità dell'intenzione è un'asserzione. Quando il Cassese fu ritenuto colpevole di due reati, è evidente, sebbene implicito, che in lui, con criteri senza dubbio incensurabili, si riconobbero due intendimenti delittuosi, quello di impedire cioè le funzioni religiose e l'altro di oltraggiare ed insultare il prete. Quanto al danno, il principio è che tanti sono i reati commessi, e di cui si deve rispondere, quanto sono le offese alla legge consumate » [1]).

Ciò, s'intende, non significa che la giurisprudenza non abbia deciso anche il contrario. Tutt'altro: e basti ricordare che la corte d'appello di Palermo ritenne che fosse un sol reato l'uccidere una persona e il ferirne un'altra, con una sola azione e con una sola intenzione [2]).

Il codice toscano, invece, regolava con un apposito articolo il concorso ideale, e diceva: « *Se un'azione può costituire più titoli di delitto deve sempre riportarsi sotto di quello, a cui è minacciata la pena più grave; e questa pena, ove non sia assolutamente determinata, viene accresciuta, entro i suoi limiti legali, dalle altre violazioni della legge, commesse col medesimo fatto* » (art. 81).

Questa nozione, che pure è stata lodata, ha prodotto dubbî assai gravi ed incertezze.

E un primo dubbio e una prima incertezza sono sorti, per vedere se tale disposizione avesse potuto applicarsi anche al caso, in cui da una sola azione fossero derivate più violazioni di legge della stessa specie, ovvero soltanto di specie diversa [3]).

E la risposta fu, generalmente, affermativa, poichè la risposta

---

[1]) Cassazione di Napoli, 12 maggio 1886 (*Rivista penale*, XXIV, 248). Nello stesso senso, Cassazione di Torino, 4 marzo 1886 (*Rivista penale*, XXIV, 249 con nota).

[2]) Corte d'appello di Palermo, 31 agosto 1886 (*Foro italiano* 1886, II, 333).

[3]) Confr. IMPALLOMENI, *Concorrenza reale e concorrenza formale di reati*. Catania-Palermo 1884-86.

negativa avrebbe, evidentemente, tradito il pensiero del legislatore [1]).

Un secondo dubbio e una seconda incertezza sono sorti, per vedere se tale disposizione avesse potuto applicarsi anche al caso, in cui da un'azione fossero derivati più delitti distinti, come quando con un sol colpo si fossero volute uccidere e si fossero uccise più persone, ovvero soltanto al caso, in cui da un'azione fossero derivate più lesioni, le quali non sono che i varî aspetti d'un sol delitto, come quando si commette adulterio con la parente.

Benchè il Carrara insegni che questa disposizione comprende non solo le azioni, sulle quali verte il dubbio, ma anche, come vedremo, le azioni riunite dal nesso di mezzo a fine, e ciò perchè si tratta di reati complessi ma unici, i quali tutti si debbono assoggettare a questa disposizione, con cui si coordina la prevalenza al criterio delle qualifiche [2]); benchè il Puccioni avesse sostenuto che dovesse applicarsi questa disposizione, anche quando si fossero commesse più lesioni in un sol contesto d'azione [3]); nondimeno il Mori dice cosa, da cui si ricava che tale disposizione dovesse applicarsi sol quando, con un'azione, si producessero più lesioni giuridiche, che sono i vari aspetti d'un sol delitto, come nello stupro e nell'adulterio con la parente, e non quando, con una sola azione, si producessero tanti delitti distinti, ipotesi nella quale si applicano le regole del concorso reale [4]).

E la giurisprudenza toscana, in una notevole sentenza, ha accolto appunto questa soluzione, osservando che la parola azione, adoperata dall'art. 81, vale un solo e medesimo fatto che abbia, in sè stesso, il carattere giuridico di più delitti, « come ricorre nel dissoluto, che stupra una fanciulla a sè congiunta con vincoli di sangue o abusa di donna maritata legalmente a lui congiunta, e che così si rende debitore o di stupro con incesto o d'incesto con adulterio » [5]).

Un terzo dubbio e una terza incertezza sono sorti, per vedere se tale disposizione avesse potuto applicarsi anche al caso in cui, in un sol contesto d'azione e sotto l'impulso d'una stessa spinta criminosa, si fossero commessi più fatti distinti, ognuno dei quali avesse prodotto una distinta lesione giuridica.

Il Puccioni dice che già molti tribunali avevano esteso, anche a

---

1) Confr. MASUCCI, op. cit., n. 55.

2) CARRARA, *Programma*, § 2522.

3) PUCCIONI, *Il codice penale toscano illustrato*, vol. II, pag. 263. Pistoia 1855-59.

4) MORI, *Teoria del codice penale toscano*, tit. VII. Firenze 1854.

5) Cassazione di Firenze, 18 novembre 1854 (in PUCCIONI, op. cit., vol. II, articolo 81).

questa ipotesi, l'applicazione dell'articolo, che esaminiamo, ma che questa giurisprudenza cessò con la citata sentenza del 18 novembre 1854 [1]).

E questa diventò la giurisprudenza costante, quando, più tardi, si decise che « se l'art. 81 vuole punita con una sola pena l'azione unica ed indivisibile avente il carattere giuridico di più delitti, lascia però sotto l'influenza dell'art. 72, ossia della regola generale portante il cumulo delle pene, la diversa azione composta di fatti distinti, e solo per accidentalità riuniti in uno stesso contesto, ed imputabili ciascuno separatamente, e passibili, in conseguenza, ciascuno di una pena sua propria. Perciò la delazione d'arma senza licenza e l'esercizio della caccia in tempo di divieto presentano due distinti reati passibili ciascuno di pena separata » [2]).

E questa sentenza è assai importante, anche perchè si propose la « indivisibilità » come criterio distintivo del concorso apparente.

E questa giurisprudenza divenne così costante, che noi la troviamo viva sino alla vigilia dell'abolizione di quel codice. E basti citare il processo di un tal Bernardini, il quale, avendo bestemmiato Dio nella chiesa e avendo ingiuriato il sacerdote e avendo turbato la funzione religiosa, fu condannato come reo di bestemmia (art. 136) e di offese contro un sacerdote (art. 140).

E la Cassazione di Firenze decise, appunto, che « trattandosi di più fatti diversi, costituenti altrettante azioni delittuose separate, distinte e contemplate da speciali disposizioni penali, deve applicarsi la regola dell'art. 72 e non già l'eccezione dell'art. 81 » [3]).

E basti coi codici aboliti [4]).

48. Passiamo ai lavori, che precedettero il nuovo codice.

Nel progetto De Falco del 26 febbraio 1866, nulla si diceva relativamente al fatto che viola diverse disposizioni di legge.

Però, nella riunione dell'11 febbraio 1867, la commissione approvava un articolo, l'art. 72 *bis*, nel quale si diceva: « *Se un'azione può costituire più titoli di delitto, deve sempre riportarsi sotto quello*

---

[1]) PUCCIONI, op. cit., vol. II, loc. cit.

[2]) Cassazione di Firenze, 19 gennaio 1859 (*Annali di giurisprudenza*, XXI, I. 72); e 7 agosto 1869 (*Annali di giurisprudenza italiana*, III, I, 146).

[3]) Cassazione di Firenze, 3 giugno 1885 (*Rivista penale*, XXII, 459).

[4]) Tra i lavori che, su questo argomento, vennero scritti sotto i codici aboliti, si consultino SEMMOLA, *Concorso nei reati*, nel *Filangieri* II. — GATTI, *Sulla concorrenza formale dei reati*. Messina 1880. — MANDUCA, *La concorrenza dei reati*, nel *Filangieri* VI. — PAOLI, *Del concorso di più reati nella stessa persona*. Firenze 1884. — CIANCI, *Dei reati simultanei complessi e continuati*, nei *Saggi di giurisprudenza*. Napoli 1886.

a cui è minacciata la pena più grave » [1]. Nella riunione del 2 marzo 1867, poi, quest'articolo fu così modificato: « *Se una sola e medesima azione può costituire più titoli di delitto, deve sempre riportarsi sotto di quello, a cui è minacciata la pena più grave, e questa non può applicarsi nel minimo del grado* » [2]. Finalmente, nella riunione del 23 gennaio 1868, si soppresse l'inciso « *e questa non può applicarsi nel minimo del grado* », perchè non parve giusto che la pena debba aggravarsi, sol perchè il reato possa essere qualificato diversamente [3].

Di conseguenza, questo articolo, che divenne l'art. 70, rimase nella sua nuova redazione, senza che si fosse comminata alcuna esasperazione di pena.

La seconda commissione, nel 10 novembre 1869, rifiutando la proposta di chi pensava che si sarebbe dovuta sopprimere ogni disposizione a ciò relativa, e si sarebbe dovuta sopprimere perchè pericolosa nella pratica e perchè, se si fosse voluta mantenere, sarebbe stata piuttosto obietto della procedura, ritenne che la disposizione dovesse mantenersi nel codice penale, poichè essa costituisce non tanto una norma per l'istruzione delle prove o per la formazione dei quesiti, che si propongono ai giurati, quanto l'affermazione d'un principio di diritto [4].

Onde, nel progetto del 15 aprile 1870, fu inserito l'art. 77, che, perchè fosse più chiaro, fu composto così: « *Se taluno, con un fatto per sè stesso unico ed inscindibile, ha violato sotto più aspetti la legge penale, deve essere punito secondo quello pel quale è stabilita la pena più grave* ».

E questa disposizione è notevole, perchè, per la prima volta, venne proposto di comprendere, nel testo della legge, il criterio della « *inseparabilità* ».

Nel secondo progetto De Falco, in quello del 30 giugno 1873, la materia fu così regolata dall'art. 80: « *Se un medesimo fatto costituisce più titoli di reato, si applica la pena maggiore...* »; e seguivano le regole per determinare qual fosse la pena maggiore.

Il progetto Vigliani, nell'art. 86, diceva: « *Il colpevole di un'azione, la quale costituisce più titoli di reato, soggiace alla pena stabilita pel reato di titolo più grave* ».

---

[1] Verbale n. 34, in *Il Progetto del codice penale e di polizia punitiva per il Regno d'Italia*, vol. I. Firenze 1870.

[2] Verbale n. 62, in op. cit., vol. I.

[3] Verbale n. 53, in op. cit., vol. I.

[4] Verbale n. 16, in op. cit., vol. II.

Questa disposizione veniva giustificata così: « l'azione criminosa, benchè materialmente unica, viola talvolta nel tempo stesso diverse disposizioni di legge penale, e quindi costituisce più titoli di reato. Non è da mettersi in dubbio che, in questo caso, essendovi unicità di azione, non può, non ostante la pluralità delle lesioni, applicarsi al colpevole che una pena sola, che la dottrina e la giurisprudenza evidentemente suggeriscono che tra le diverse pene minacciate alle diverse violazioni di legge si applichi la pena stabilita pel reato di titolo più grave, e questo dispone il progetto nell'art. 86. Il più assorbe il meno » [1]).

L'articolo, così come era proposto nel progetto Vigliani, fu, integralmente, approvato dal Senato e fu, integralmente, riprodotto nel progetto senatorio del 25 maggio 1875.

La commissione ministeriale — instituita con decreto del 18 maggio 1876 — approvava questo articolo, nella riunione del 5 giugno dello stesso anno, senza modificazione [2]).

E questo articolo fu anche accettato dalla Magistratura, dalle Facoltà giuridiche, dai Consigli dell'ordine degli avvocati [3]).

E questo articolo fu riprodotto nel progetto Mancini del 25 novembre 1876 (art. 83 § 1).

E il Mancini scriveva: « se non che questa teoria dei reati e delle pene concorrenti non è sempre applicabile a tutti i casi nei quali si abbiano più violazioni di legge penale. Non vuolsi, in vero, confondere il caso del *concorso di più reati* con quelli, ben diversi, nei quali, non ostante la pluralità delle violazioni della legge, il fatto o costituisce, o ha da considerarsi, come un reato solo. Il primo caso si presenta, quando con un'azione sola nel tempo stesso si violano più diritti, e s'incorre in diverse sanzioni penali. In tal caso non v'è concorso di più reati, essendo manifesto che, quantunque non vi sia unica violazione della legge, *unica* è l'azione delittuosa, e la repressione non può consistere che in *unica* pena. Però non è a dubitare che, in tale ipotesi, il reato sotto diversi aspetti da più disposizioni penali è represso: or questa non essendo davvero una circostanza che lo attenui, è evidente che al colpevole, fra quelle disposizioni, la più grave debba applicarsi » [4]).

---

[1]) Relazione VIGLIANI, XXXVII.

[2]) Verbale n. 8 in *Lavori della Commissione istituita con decreto 18 maggio 1876 dal Ministro* MANCINI. Roma 1876.

[3]) *Sunto delle osservazioni e dei pareri sugli emendamenti al primo libro del progetto*, pag. 282 e seg. Roma 1877.

[4]) Relazione MANCINI, XXVII.

Questo articolo fu anche approvato dalla Camera dei deputati, nella tornata del 2 dicembre 1877 e, — mutando soltanto di numero: art. 76 —, riapparve nel progetto della Camera dei deputati, cioè nel progetto del 7 dicembre 1877.

Nel primo progetto Zanardelli, nel progetto del 1883, l'art. 68 ripeteva questa stessa disposizione, e con le medesime parole, sostituendo soltanto la parola « *delitto* » alla parola « *reato* ». E la Relazione su di ciò taceva [1]).

Questa disposizione fu riprodotta nell'art. 68 del progetto Savelli del 26 novembre 1883. E anche questa Relazione taceva [2]).

Nessun emendamento fu proposto dal ministro Pessina.

La commissione della Camera dei deputati, nell'art. 80, e il progetto Taiani del 23 novembre 1886, anche nell'art. 80, ripetettero questa disposizione, sostituendo, un'altra volta la parola « *reato* » alla parola « *delitto* ».

49. Arriviamo così all'ultimo progetto, cioè al secondo progetto Zanardelli, al progetto del 22 novembre 1887.

L'art. 73, riproducendo, in parte, l'art. 80 del contro-progetto della Camera dei deputati, diceva: « *Il colpevole di un fatto il quale costituisce più titoli di reato soggiace alla pena stabilita pel reato di titolo più grave* ».

E, nella Relazione, si diceva: « un medesimo fatto può cadere sotto più sanzioni di legge; come, ad esempio, il commercio carnale con persona coniugata e congiunta di sangue, che darebbe luogo alla penalità per l'adulterio e per l'incesto; l'entrare clandestinamente in una casa per rubarvi, che darebbe luogo alla violazione di domicilio ed al furto qualificato per la scalata. È quindi naturale che debba aversi, in tale ipotesi, un reato unico, e precisamente quello determinato dal titolo più grave. La disposizione dell'art. 73 esisteva in tutti i progetti, e vi fu introdotta questa sola variante, che dove prima dicevasi « *azione* », qui si dice « *fatto* »; la quale espressione, per il significato suo proprio e per il consueto linguaggio usato dal progetto, riesce più comprensiva di tutti gli elementi del reato, tanto positivi quanto negativi » [3]).

L'on. Villa, nella Relazione della commissione della Camera dei deputati, dopo aver accennato alla diversità delle opinioni, che dividono le legislazioni, la giurisprudenza e la dottrina, scriveva:

---

[1]) Relazione ZANARDELLI sul primo progetto, L. I, parte I.

[2]) Relazione SAVELLI, pag. 16.

[3]) Relazione ZANARDELLI sul secondo progetto, LXI.

« gli uni hanno opinato che se con una sola e medesima azione sonosi commesse più violazioni della legge penale, si ha con ciò una *concorrenza ideale* di reati, la quale, non ostante la pluralità dei titoli di reati, sostanzialmente non importa che un reato unico, e per ciò devesi applicare una pena sola, quella stabilita per il reato di titolo più grave. Altri sostengono che la nozione della *concorrenza ideale,* in contrapposto a *concorrenza reale* di reati, — reiterazione —, è meramente teorica, ma giuridicamente irrilevante; poichè quando sono violate più leggi penali, o più volte la stessa legge penale, vi ha una pluralità di lesioni giuridiche e perciò di reati, sia che ciò avvenga per mezzo di un'azione sola, sia per mezzo di più distinte azioni. Fra queste due opposte opinioni v'ha quella di chi distingue se con una azione sola, producente una pluralità di lesioni giuridiche, siasi cagionato un unico effetto criminoso, un risultato di fatto unico, ovvero se più effetti: v'ha una pluralità reale, un concorso reale di reati nel primo caso, come nel ferimento volontario di più persone con tale proponimento fatto per mezzo di un sol colpo di fucile; v'ha un concorso meramente *formale,* o apparente, di reati nel secondo caso, come nello stupro violento di donna congiunta di sangue, o maritata, che dà luogo al doppio titolo di stupro ed incesto, o stupro e adulterio... I progetti precedenti erano concepiti in termini uguali a quelli del codice toscano, poichè al pari di questo facevano dipendere l'unità della pena dalla unità dell'*azione.* Ma con la formula dell'odierno progetto s'è tolta via ogni cagione di dubbiezza, poichè alla parola « *azione* » si è sostituita quella di « *fatto* » . . . Rimane così manifesto come l'unità di pena dipenda dall'unità di fatto, dall'unità di effetto reale criminoso, cagionato, non già dall'unità dell'azione soggettiva, la quale può essere causa di un solo evento, di un solo risultato, come di più eventi o risultati criminosi allo stesso modo che più azioni. Un tale concepimento deve ritenersi il più conforme ai principî generali del diritto penale; poichè non può sussistere unità di reato ove alla pluralità di lesioni giuridiche si accompagni una pluralità di risoluzioni delittuose, ma soltanto ove più lesioni giuridiche siano il prodotto di una sola risoluzione delittuosa, siano, cioè, accompagnate ad un solo elemento morale di reato » [1]).

E il Pessina, nella relazione della commissione senatoria, si li-

---

[1]) Relazione della Commissione della Camera dei deputati (VILLA), XCVII, XCVIII.

mitò ad esporre la teoria accolta nel progetto [1]), teoria che, come già sappiamo, non è d'accordo con la teoria sua.

Nelle discussioni, che si svolsero nella Camera dei deputati e nel Senato, nulla si disse.

La commissione di revisione si occupò del grave argomento nell'adunanza del 27 febbraio 1889 [2]).

Diciamo, intanto, che la sotto-commissione aveva proposto di modificare l'articolo, nel modo seguente: « *Il colpevole di un fatto, il quale, per le circostanze che lo accompagnano, è preveduto da diverse disposizioni di legge, è punito secondo la disposizione che stabilisce la pena più grave* ».

Il relatore Lucchini notò che l'articolo era stato modificato solo nella forma, e che il suo carattere generale e, quindi, la sua generale applicazione rendeva inutile il ripetere, volta per volta, nella parte speciale, la clausola: « *quando il fatto non costituisca un reato più grave* ».

Il Faranda propose di dire: « *il colpevole di un delitto, se i fatti che lo costituiscono sono preveduti da diverse disposizioni di legge...* », perchè non sono le circostanze, ma sono i fatti quelli che possono costituire forme di delinquenza più gravi.

Il Lucchini rispose che si sarebbe avvalso di tale proposta, soltanto per sostituire le parola: « *che lo costituiscono* », alle parole: « *che lo accompagnano* ».

Con questa modificazione, accettata anche dal Faranda, l'articolo in esame venne approvato.

Finalmente, nell'ultima Relazione sta scritto: « la teoria della prevalenza riceve... la sua giusta applicazione quando si verifica l'ipotesi dell'art. 78, cioè quando si abbia un medesimo ed *unico fatto*, che violi diverse disposizioni di legge. Il progetto diceva: — « fatto, il quale costituisce più titoli di reato » — ; ma non era coerente al sistema del codice parlare di *titoli* di reato; e con la formula adottata si è espresso il concetto in modo più semplice, piano ed esatto » [3]).

50. Nel codice, adunque, questa materia fu definitivamente regolata dall'art. 78, che dice appunto così:

« *Colui, che con un medesimo fatto viola diverse disposizioni di legge, è punito secondo la disposizione che stabilisce la pena più grave* ».

Le ricerche, che siamo venuti facendo, — così nel campo teorico

---

[1]) Relazione della Commissione senatoria (PESSINA), P. I, l. I, cap. III, § 3.

[2]) Verbali della Commissione, verbale n. XIV.

[3]) Relazione al Re, XLV.

come in quello dei lavori preparatori —, contengono già quanto basta per intenderlo a pieno [1]).

Per aversi il così detto concorso ideale, è necessario, secondo il nostro codice, che vi siano due condizioni: la violazione di diverse disposizioni di legge e l'unicità del fatto.

La violazione di più disposizioni di legge è la condizione necessaria. Infatti, obietto del reato è la violazione d'un diritto, nei delitti, o la violazione d'una regola cautelare, nelle contravvenzioni; mentre l'una e l'altra, nella legge positiva, non sono che la violazione d'una concreta e speciale disposizione di legge.

Or se la stessa parola « concorrere » indica un camminare o un correre insieme, è evidente che non si possa parlare di concorso quando non vi sia la violazione, almeno, di due diritti o di due regole cautelari, ossia la violazione, almeno, di due disposizioni di legge.

Questa è condizione comune ad ogni concorso: sia reale sia ideale; e perciò l'abbiamo chiamata condizione necessaria.

Vedremo, tra qualche istante, in che, dal punto di vista della disposizione di legge violata, l'uno si distingua dall'altro.

L'unicità del fatto è, invece. condizione sufficiente, poichè essa distingue, subito, il concorso ideale dal concorso reale.

Abbiamo detto testè che, per aversi concorso, è necessario che vi sia la violazione di norme tutelate da due disposizioni di legge, almeno.

Come può causarsi la violazione di norme tutelate da due disposizioni di legge?

---

[1]) ARABIA, *I principii di diritto penale applicati al codice italiano*, n. 196. Napoli 1891. — CASTORI, *Concorso di reati e di pene*, cap. III, nel *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, pubblicato dal COGLIOLO, vol. I, p. III. Milano 1889. — CIVOLI, *Manuale di diritto penale*, n. 155 e seg. Milano 1900. — CRIVELLARI, *Il codice penale per il regno d'Italia interpretato*, vol. IV, pag. 275 e seg. Torino 1892. — FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, pag. 317 e seg. Milano 1901. — GIACHETTI, *Dei reati e delle pene in generale*, vol. III, tit. VII, cap. II. Firenze 1890. — IMPALLOMENI, *Il codice penale italiano illustrato*, vol. I, n. 149 e seg. Firenze 1890. — LANZA, *Osservazioni scientifiche ed esegetiche su alcune forme di concorso di reati*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, VI. — LONGO, *Trattato di codice penale*, p. I, pag. 374 e seg. Trani 1894. — MAJNO, *Commento al codice penale*, vol. I, n. 393 e seg. Verona 1890. — MASUCCI, *Concorso di reati e di pene*, n. 58, nel *Digesto italiano*. — MIANI, *Recidiva, reiterazione e continuazione nei reati*. Napoli 1890. — NAPODANO, *Il diritto penale italiano nei suoi principii*, vol. I, tit. I, cap. VI, Napoli 1895. — NORCEN, *Il codice penale annotato*, vol. I, pag. 250. Arona 1890. — PESSINA, *Il nuovo codice penale italiano*, p. I, pag. 118 e seg. Milano 1890. — PINCHERLI, *Il codice penale italiano annotato*, pag. 128. Torino 1890. — TRAVAGLIA, *Guida pratica per l'interpretazione ed applicazione del codice penale italiano*, p. I, pag. 104 e seg. Forlì 1889-90. — TUOZZI, *Corso di diritto penale*, vol. I, tit. III, cap. IV, § 1. Napoli 1890.

La violazione di norme tutelate da due disposizioni di legge può causarsi con un medesimo « atto », o con una medesima « azione », o con un medesimo « fatto ».

La legge nostra e quasi tutte le altre leggi non fanno consistere il concorso nella unicità dell'« atto », poichè è ovvio, — e noi lo abbiamo già detto —, che quantunque vi siano azioni composte d'un sol atto, nondimeno vi sono azioni composte di più atti, e l'« atto » altro non è che uno dei tanti momenti in cui si suddivide un'unica azione. Se l'unicità dell'« atto » potesse bastare a concretare un concorso, esso, *a fortiori*, dovrebbe bastare a concretare un singolo reato. Se l'azione di rubare due monete, che si trovano in uno stesso cassetto, ha bisogno di due atti, per prenderle una dopo l'altra; se l'azione di uccidere può aver bisogno di due atti, per vibrare due colpi di pugnale; se l'azione di ingiuriare può aver bisogno di tre atti, per pronunciare il soggetto, il verbo e l'attributo; è chiaro, — e la dimostrazione si fa per assurdo —, che in questi casi o si hanno tanti reati quanti sono gli atti o la nozione dell'atto è una nozione insufficiente. E poichè, in questi casi, sarebbe assurdo parlare di più reati, è evidente come la nozione dell'atto sia da rifiutare come fallace.

La legge nostra, rifiutando quel che era scritto in parecchi dei lavori preparatorî e quel che è scritto in molte leggi straniere, non fa consistere il concorso nemmeno nell'unicità dell'« azione ».

E noi già sappiamo come questo sia opportuno e rispondente ai principî della scienza.

Gli elementi essenziali del reato sono, — e noi lo dicemmo nella parte teorica —, l'intenzione e l'evento. L'azione non è che il mezzo mediante il quale quella dà vita a questo.

Onde, — per l'esistenza del reato o dei reati —, è giusto tener conto dell'unicità o della pluralità della intenzione come della unicità o della pluralità dell'evento; ma non è giusto tener conto dell'unicità o della pluralità dell'azione. La coscienza collettiva risponde che è reo di più omicidi colui che, volontariamente, uccide più uomini: siano uccisi con più colpi, o siano uccisi, più comodamente, con un colpo solo; sia la strage decisa con tante volizioni distinte, sia decisa, più brevemente, con una volizione sola.

Ora, se il legislatore volle — e lo ha voluto — evitare che si possa riprodurre, in Italia, una disputa che altrove è ancor viva, se il legislatore volle — e lo ha voluto — evitare che colui, il quale commette più omicidi, possa ritenersi reo di un omicidio solo, dovea abbandonare la parola « azione » e doveva sostituirvene un'altra.

Egli dovea rifiutare la parola « azione », poichè chi, con un sol colpo, volontariamente, uccide più uomini commette più delitti, poichè sono più le sue intenzioni e più gli eventi da lui prodotti, e pure compie una sola azione; egli dovea rifiutare la parola « azione », poichè l'esempio d'altri codici gli diceva che, altrimenti, l'equivoco ed il dubbio sarebbero perdurati.

E quale parola sostituì? La parola « fatto ».

Quantunque, come vedemmo, sotto l'impero di qualche altra legislazione, la parola « fatto » si assuma come sinonimo della parola « azione », pur nondimeno, sotto l'impero della legislazione nostra, l'una ha un significato ben diverso dal significato dell'altra.

E, in vero, là dove nel progetto si leggeva: « *nessuno può essere punito se non per un'azione od omissione volontaria* » (art. 46), ora, nel codice si legge: « *nessuno può essere punito per un delitto, se non abbia voluto il fatto che lo costituisce*... (art. 45) e, nella Relazione finale, si disse: « alla locuzione *azione od omissione* si preferì sostituire l'espressione *fatto,* che è più semplice e comprensiva, poichè l'*azione* o l'*omissione* costituisce soltanto l'elemento subiettivo materiale del reato, mentre il *fatto* comprende anche l'elemento obiettivo » [1]).

E, quasi non ancora sicuro, il legislatore ha aggiunto che il fatto debba essere « *uno* » e « *medesimo* ».

Di conseguenza, colui che, con un sol colpo, volontariamente uccide due persone, mette in essere un'azione sola, ma produce, non *uno* e *medesimo* fatto, bensì due fatti, ognuno dei quali — contenendo un'intenzione ed un evento — è un reato di per sè stante, che, concorrendo con un altro, dà luogo ad un concorso reale.

E questa interpretazione, nella quale tutti debbono essere d'accordo, sgorga spontanea dai lavori che precedettero il codice che interpretiamo.

Noi abbiamo già riportato alcuni brani delle varie e successive Relazioni. Sarebbe inutile ripetere che, nella Relazione ministeriale, si dice che si è adoperata la parola « fatto », come quella che, per il significato suo proprio e per il consueto linguaggio del progetto, riesce più comprensiva di tutti gli elementi del reato [2]); che, nella Relazione della Camera dei deputati, si dice che l'unità di pena dipende, non già dall'accidentale unità di azione, ma dall'unità di fatto, cioè dall'unità di effetto reale criminoso [3]); che nella Relazione

---

1) Relazione al Re, II.

2) Relazione ZANARDELLI sul secondo progetto, loc. cit.

3) Relazione della Camera dei deputati (VILLA), loc. cit.

finale s'insiste ancora sulla medesimezza e sull'unicità del fatto, insistenza la quale, dopo quel che si era detto prima, non è meno eloquente [1]; che, sempre, si sono addotti come esempî lo stupro e l'adulterio incestuosi, e mai la pluralità degli omicidi.

Dunque, secondo il nostro codice, si ha il così detto concorso ideale, quando, con una sola azione si produce un unico e medesimo fatto, che, tuttavia, viola norme tutelate da diverse disposizioni di legge inscindibili. L'esempio più chiaro, l'esempio fuori d'ogni discussione è dato dal commercio carnale con persona unita da vincoli di sangue e coniugata, poichè, in esso, mentre si produce un sol fatto si violano norme tutelate da due disposizioni di legge, tali che volendo violarne una, si viola, di necessità, anche l'altra: quella relativa all'incesto (art. 337) e quella relativa all'adulterio (art. 353); in maniera che volendo soltanto l'adulterio, si produce anche l'incesto, e volendo insieme l'adulterio e l'incesto, non si produce di più che quando si voglia soltanto l'uno o l'altro.

Da ciò deriva che, nel concorso ideale, non solo s'incontrano più violazioni di norme tutelate da disposizioni di legge, ma più violazioni di norme tutelate da « *diverse* » disposizioni di legge. Infatti, non è concepibile che, con una sola obiettività criminosa, si possa violare, ripetute volte, la norma tutelata dalla stessa disposizione di legge; e questo ben comprendiamo dopo quel che si disse sul reato continuato.

Però da ciò non deve dedursi che, all'inverso, sempre che vi sia violazione di norme tutelate da diverse disposizioni di legge, s'incontri il concorso formale. Ciò sarebbe erroneo, poichè anche nel concorso reale può verificarsi la violazione di norme tutelate da diverse disposizioni di legge, oltre che la ripetuta violazione della norma tutelata dalla stessa disposizione. Quindi, per quel che si è detto, colui che, con un colpo solo, volontariamente uccide un uomo e volontariamente ne ferisce un altro risponde di due reati, ognuno dei quali viola una norma tutelata da una diversa disposizione di legge.

L'interpretazione, che noi accettiamo è l'interpretazione prevalente ed è apertamente accettata dall'Impallomeni [2], dal Majno [3],

---

[1]) Relazione al Re, XLV.

[2]) IMPALLOMENI, op. cit. I, loc. cit. e *L'omicidio nel diritto penale*, n. 73. Torino 1899.

[3]) MAJNO, op. cit., I, loc. cit.

dal Civoli [1]), dal Masucci [2]), dal Crivellari [3]), dal Giachetti [4]), dal Napodano [5]), dal Tuozzi [6]).

Invece, il Lanza [7]) e il Castori [8]) interpretano diversamente e credono che, anche con il codice attuale, chi uccide volontariamente con un sol colpo due persone risponda d'un solo omicidio, e chi, con una sola frase volontariamente offende più persone, commetta una sola ingiuria.

Ma l'autore che più fortemente combatte l'interpretazione, che noi accettiamo, è proprio il Lanza.

Quindi, rispondendo a lui, rispondiamo a tutti gli altri che, eventualmente, non la pensano come la pensiamo noi. E la risposta sarà breve, poichè — al pari delle obiezioni che ci son mosse — essa è in gran parte già contenuta in quel che dicemmo nella trattazione teorica.

Il Lanza ripete le parole della Relazione, quelle parole, — da noi già riportate —, in cui si dice che la parola «*fatto*» è più semplice e comprensiva, poichè, mentre l'«*azione*» o l'«*omissione*» (ed è chiaro che noi, in questo momento, intendiamo queste parole come le intende il codice, non come le intendemmo nella *Introduzione*) costituisce soltanto l'elemento subiettivo materiale del reato, il «*fatto*» comprende anche l'elemento obiettivo. E, allora, egli osserva: se nella Relazione si dice «anche», vuol dire che ad aversi pluralità di reati deve trovarsi «non soltanto l'elemento obiettivo, ma l'obiettivo e il soggettivo insieme».

E noi rispondiamo: chi, tra coloro che seguono l'interpretazione che noi seguiamo, ha mai sognato che possa esservi un reato senza l'elemento subiettivo? Pur quando la Relazione finale non avesse contenuto quell'«anche», non sarebbe stato possibile pensare in modo diverso, senza materializzare tutto il diritto penale. Il problema è un altro, ed è proprio questo: che cosa è mai l'elemento subiettivo materiale del reato? È esso il momento terminativo della volizione, il momento in cui quel *quid* che chiamiamo forza nervea si scarica nei muscoli, come egli crede, o è, al contrario, tutta la vo-

[1]) Civoli, op. cit., loc. cit.
[2]) Masucci, op. cit., loc. cit.
[3]) Crivellari, op. cit., II, loc. cit.
[4]) Giachetti, op. cit., III, loc. cit.
[5]) Napodano, op. cit., vol. II, t. I, c. I, § IV. Egli, tuttavia, nel campo teorico, ha, come si è visto, una opinione diversa.
[6]) Tuozzi, op. cit., I, loc. cit.
[7]) Lanza, op. cit., loc. cit.
[8]) Castori, op. cit., pag. 1349.

lizione dal momento terminativo al momento originario, in cui è cosciente e riflessa deliberazione?

Messo così il problema, nè il Lanza nè noi dobbiamo ripeterci; e il benigno lettore è rinviato a quella parte di questo capitolo, in cui si è studiato il problema da un punto di vista esclusivamente scientifico.

E il Lanza non si nasconde le gravi difficoltà, che, dalla lettura dello art. 78, si sollevano contro la sua interpretazione. Se l'art. 78 parla di violazione di « *diverse disposizioni di legge* », se la parola « *diverso* » nel nostro linguaggio ha un significato non dubbio, se, per l'art. 3 delle disposizioni preliminari al nostro codice civile, è d'uopo, prima di tutto, ricorrere al significato letterale delle parole, se il nostro codice ha, in questo argomento, delle disposizioni del tutto diverse da quelle del codice germanico, come mai può dirsi che violi norme tutelate da diverse disposizioni di legge colui, che viola due volte la norma tutelata dalla *stessa disposizione di legge* relativa all'omicidio o all'ingiuria?

Il Lanza trova poco felice questa dicitura del nostro codice, dice che ne avrebbe preferita un'altra e confessa che l'art. 78 non è applicabile a colui che, con un fatto unico, viola due volte la stessa disposizione di legge. E — si noti bene — egli finisce col sostenere che il legislatore ha parlato della violazione di diverse disposizioni di legge, « perchè, quando unico fu il fatto e unica la legge violata, ha creduto che non solo non si faccia luogo al concorso materiale, ma nemmeno al concorso formale, e si abbia un reato unico ».

Non basta forse questa soluzione, alla quale egli è portato dalla necessità, perchè si condanni l'interpretazione sua?

Non è strano supporre che il legislatore, dopo tante affannose ricerche intorno al concorso reale e al concorso ideale, abbia voluto lasciare senza una soluzione legislativa, questo che è, davvero, il problema dei problemi relativi al concorso? Non è forse strano supporre che il legislatore, dopo le incertezze, alle quali — appunto in rapporto alla omogeneità e alla eterogeneità delle lesioni — avea dato luogo il codice toscano, avesse poi queste incertezze voluto perpetuare, quando invece non mancava l'esempio di qualche codice straniero, non ignoto agli autori del nostro codice, il quale parla del colpevole che viola norme tutelate da diverse disposizioni di legge o più volte la norma tutelata dalla stessa disposizione? Non è strano credere a questa interpretazione, quando di essa non si trova alcuna traccia nei lavori preparatori, e anzi si trova la traccia d'una soluzione opposta? [1].

[1]) Si vegga la nota seguente.

Ma, aggiungono il Castori ed il Lanza, se il legislatore nell'articolo 371 ha aggravato l'omicidio colposo, da cui deriva la morte di più persone, vuol dire che egli, in generale, non ha ritenuto che la pluralità di uccisi possa costituire più delitti, altrimenti l'aggravante sarebbe un non senso.

Ma da questo paragone, piuttosto che trarsi un argomento a favore della loro tesi, si trae, invece, un argomento invincibile a favore della nostra.

Se il legislatore ha aggravato la pena quando, per colpa, si uccidono più persone, perchè mai non l'avrebbe aggravata quando si uccidono per dolo? È uopo, dunque, pensare ad altro. E, infatti, la colpa, se può essere molteplice negli effetti, è sempre unica nella causa: chi compie un atto imprudente lo compie perchè lo compie, ma non può dirsi che voglia compierlo di fronte a ciascheduna delle persone che rimangono uccise. Onde allor che più siano gli uccisi, si aggrava la pena — e qui non occorre dire perchè —, ma non la si aggrava perchè il reo abbia voluto rivolgere la sua imprudenza contro molti e non contro uno. Nell'omicidio doloso, invece, vi sono tante intenzioni, quante sono le persone che si colpiscono [1]).

E il Lanza obietta: se ingiuriando o diffamando un corpo giudiziario, politico o amministrativo si commette, secondo il nostro codice (art. 197), un sol delitto, come mai si commettono due o tre delitti se si ingiuriano due o tre dei membri che lo compongono?

Ma noi potremmo limitarci a ripetere quanto dicemmo più in là. Tuttavia aggiungiamo che l'esempio addotto non regge. Il delitto dell'art. 197 si commette, non contro ciascheduno dei singoli individui, che compongono un corpo, giudiziario, politico o amministrativo, ma contro il corpo stesso. Onde, il delitto si commette quando la parola o gli atti abbiano luogo in cospetto del corpo stesso che si offende, e consiste nella offesa di tutto il corpo, nel quale, per così dire, restano assorbiti i singoli individui. Per offendere i singoli

---

[1]) Durante i lavori della commissione di revisione, l'ELLERO domandava se non fosse opportuno aggravare, sull'esempio di quel che si era fatto per l'omicidio colposo, anche l'omicidio doloso con pluralità di uccisi. Ma il COSTA ed il LUCCHINI osservarono che, invece, nell'ipotesi del dolo, s'incontrerebbero tanti omicidi distinti, materialmente concorrenti. E il COSTA aggiungeva che, nell'omicidio colposo, l'imprudenza, che lo cagiona, non è scindibile, mentre scindibili sono gli omicidi dolosamente commessi. E il LUCCHINI notava che chi, col cannone dà volontaria morte a dieci individui, deve rispondere di dieci omicidi, perchè si deve aver riguardo all'intenzione. Verbali della Commissione, Verbale n. XXVI.

individui e non il corpo, è necessario commettere un altro delitto (art. 194, 196), che è diverso nell'intenzione del reo, nella sua obiettività e nel danno che reca agli offesi.

E il Lanza replica: sarebbe assurdo supporre che la contrettazione di cinque o di sei oggetti separati possa costituire cinque o sei furti.

Ma a questo rispondemmo quando si parlò dell'unità dell'azione e del reato continuato, nè occorre ripeterci.

E il Lanza replica: se la ripetuta lesione di più diritti omogenei, prodotta da più atti successivi, dà luogo ad un reato unico, al reato continuato (art. 79), come mai la stessa lesione, prodotta da un sol atto e da un solo fatto, darebbe luogo a più reati concorrenti?

Ma noi, anche a questo, rispondiamo facilmente, e rispondiamo che, mentre, in un caso, tutte le violazioni sono il risultato d'una sola risoluzione, in un altro, invece, sono il risultato di più risoluzioni, benchè siano tutte formate o attuate in un sol momento. Del resto, questo problema ha avuto più opportuna e completa soluzione allorchè parlammo del reato continuato.

Se l'interpretazione dell'art. 78 è questa, che noi accettiamo, errarono, certo, quel giudice istruttore e quella corte che videro un solo reato nel libello in cui si diffamavano due persone, ritenendo, di conseguenza, esaurita l'azione penale in rapporto dell'uno e dell'altro offeso, con la sentenza pronunciata sulla querela di un solo di essi [1]).

La Corte di cassazione non ha avuto, fin'ora, occasione di occuparsi del caso di colui che, volontariamente, uccide due individui con un sol colpo o due individui diffama con un solo libello [2]).

Essa ha, però, deciso che « l'accusato di omicidio e di lesioni personali commesse, secondo la sentenza d'accusa, con l'esplosione di

---

[1]) Giudice istruttore presso il tribunale di Cremona, 14 aprile 1890, e Corte d'appello di Brescia, 5 maggio 1890 (*Monitore dei tribunali*, 1890, 535).

[2]) E diciamo così, poichè, in questo momento, non ci riguardano le sentenze relative ad un preteso omicidio continuato, sentenze di cui tenemmo conto appunto, quando parlammo del reato continuato.

È stato, d'altra parte, deciso che colui il quale, volendo uccidere una persona, ne uccide due, risponde di un solo omicidio, e non in virtù dell'art. 78, il quale contempla la violazione di diverse disposizioni di legge, ma in applicazione dei principii sulla volontarietà dei delitti, trattandosi di un fatto complesso costituito da fatti diversi, di cui uno solo è imputabile. Cassazione penale, 10 febbraio 1896 (*Giustizia penale*, II, 111). È stato anche deciso che ove il colpevole, con uno stesso colpo di fucile, ferisca il padre e la figlia (che, nella specie, teneva il braccio sul dorso del padre) il reato è unico ed è applicabile l'art. 78. Cassazione penale, 3 luglio 1895 (*Giustizia penale*, I, 1071). Qui, evidentemente, si trattava di reato doloso per uno degli offesi e colposo per l'altro, e questa soluzione rientra in un ordine d'idee, che esamineremo tra poco.

un unico colpo di pistola, non può essere punito con due pene distinte, quando i giurati, ammesso l'omicidio ed il ferimento, abbiano dichiarato che questo fu cagionato nelle medesime circostanze di tempo e di luogo del primo; giacchè, poste in relazione tali risposte con l'atto d'accusa, sorge riaffermata dal verdetto la circostanza che con un sol colpo di pistola fu recata ad una persona la morte, ad altra una lesione personale, ed in tali circostanze di fatto l'art. 78 del codice penale trova i termini della sua applicazione » [1]).

E questa sentenza non la intendiamo a pieno, sia perchè il reo, se voleva uccider l'uno e ferir l'altro, commetteva due reati, sia perchè essa mette avanti la « medesima circostanza di tempo e di luogo », che può far nascere il sospetto di un concorso formale *sui generis*, di cui, nel codice, non trovasi traccia veruna..!

La Corte suprema ha ripetute volte affermato che non è l'unicità dell'intento e del contesto delittuoso, che determina l'applicabilità dell'art. 78, ma l'unicità del fatto [2]), e che con una azione ben può darsi luogo a due reati distinti nella loro oggettività ideologica [3]), e ha deciso bene. Ma ha anche deciso che, per applicarsi l'art. 78, sono necessarie l'unicità d'azione e l'unicità di fine [4]); e, viceversa, ha ritenuto che quando non risulti che, con lo stesso obiettivo criminoso e nello stesso contesto di esecuzione, si siano violate due disposizioni di legge, bisogna applicare la pena per i due reati [5]). E, a questo proposito, diciamo che bisogna andare adagio, quando si parla d'unità di fine, il quale, come dicemmo, può non incontrarsi nel concorso formale e può, invece, incontrarsi anche nel concorso reale, che può essere il risultato d'un contesto di fatti dovuto ad un contesto d'azioni e il risultato di più determinazioni riunite da un unico fine!

Similmente, essa ha giudicato, spesso, che il ritenere che un fatto sia unico ovvero vi sia pluralità di fatti, è tal cosa, che costi-

---

[1]) Cassazione penale, 1.° giugno 1900 (*Giustizia penale*, VI, 1228).

[2]) Cassazione penale, 14 febbraio 1890 (*Corte suprema*, XV, 61); 12 aprile 1890 (*Corte suprema*, XV, 382); 19 giugno 1894 (*Rivista penale*, XL, 204); 2 luglio 1894 (*Rivista penale*, XL, 313). Quindi, l'art. 78 non s'applica allor che si tratti di due fatti distinti. Cassazione penale, 4 maggio 1899 (*Corte suprema*, 1899, 55). Nè si applica quando si tratti di più azioni che dànno luogo ad altrettanti reati: 26 febbraio 1891 (*Rivista penale*, XXXIV, 83); 24 luglio 1893 (*Corte suprema*, XVIII, 659).

[3]) Cassazione penale, 26 novembre 1901 (*Cassazione unica*, XIII, 499).

[4]) Cassazione penale, 21 giugno 1890 (*Giurisprudenza penale*, XI, 58).

[5]) Cassazione penale, 2 dicembre 1897 (*Foro italiano*, 1898, II, 106).

tuisce un giudizio incensurabile del magistrato di merito [1]). Cosa verissima, ma sino ad un certo punto: fin quando non sia necessario, a questo fine, di valutare tutti gli elementi del reato. Si è, anche, deciso, di conseguenza, che l'unicità o la molteplicità del fatto debba, nella corte d'assise, affermarsi dai giurati [2]).

Quando, dunque, con una medesima azione si compiono più fatti ossia più reati, si applicano le norme del concorso reale.

Quando, invece, con una sola azione si produce un sol fatto e con questo, unico e medesimo fatto, vengono violate norme tutelate da diverse disposizioni di legge, si ha il concorso formale; e il colpevole — così conclude l'art. 78 — è punito secondo la disposizione che decreta la pena più grave.

Noi già dicemmo, nè occorre ripeterlo, che, teoricamente, vorremmo che non si parlasse punto di questo concorso, formandosi, in sua vece, tanti reati nuovi, composti ognuno della volontaria lesione di diritti naturalmente o giuridicamente inseparabili. Però, poichè questo in pratica non è possibile, poichè i casi della vita sono assai più svariati di tutte le possibili ipotesi dei legislatori, avremmo voluto che, in modo più conforme a ragione, sull'esempio dei codici svedese e finlandese, in questa ipotesi si fosse comminata la pena della lesione più grave, tenendo conto delle altre come di circostanze aggravanti, ovvero, sull'esempio del codice zurighese, si fosse anche data potestà al giudice di aggravarla ancora [3]).

Ma quale sarà la pena più grave?

La pena più grave sarà, certamente, quella comminata in astratto, che è appunto la pena «stabilita» della legge. Nè potrebbe essere altra, anche perchè sarebbe strano che il giudice, dinanzi ad un fatto unico, credesse di applicare la pena minore in una misura più grave piuttosto che la pena maggiore in una misura più lieve [4]).

---

[1]) Cassazione penale, 19 novembre 1890 (*Cassazione unica*, II, 184); 4 settembre 1891 (*Rivista penale*, XXXIV, 584); 8 gennaio 1894 (*Rivista penale*, XXXIX. 302); 18 marzo 1894 (*Rivista penale*, XL, 510); 5 settembre 1894 (*Rivista penale*. XL, 503); 19 giugno 1895 (*Rivista penale*, XLII, 264); 26 gennaio 1897 (*Cassazione unica*, VIII, 453).

[2]) Cassazione penale 19 giugno 1895 (*Rivista penale*, XLII, 264); 2 dicembre 1897 (*Foro italiano*, 1898, II, 106).

[3]) Contro il sistema dell'assorbimento, accolto dal codice italiano, si vegga GEYER, op. cit. loc. cit.

[4]) Quando la legge volle parlare di pene inflitte in concreto usò altre espressioni: così negli art. 91 c. p. e 353 c. p. p., e questo a differenza dell'art. 399 c. p. p. Nello stesso senso, decise la Cassazione: 9 febbraio 1892 (*Rivista penale*, XXXV, 485). Si è anche deciso che una pena temporanea fissa è sempre più grave di un'altra pena,

IV.

51. Cerchiamo, intanto, quali siano i limiti, che separano il così detto concorso ideale, il concorso reale e il reato costituito da una lesione giuridica unica.

Un primo limite deriva dalla natura stessa delle cose.

Ad ogni figura generica di reato, seguono delle altre figure specifiche. Ognuna di queste contiene tutti gli elementi di quella e degli elementi nuovi, e questi ultimi la diversificano.

La figura specifica può, a paragone della figura generica, essere più grave o più lieve, ma ciò, evidentemente, non importa alla natura del reato.

Ora, è chiaro che colui che viola la norma tutelata dalla disposizione di legge, in cui si concreta una figura specifica, ponendo in essere col suo fatto gli elementi costitutivi comuni a questa e alla figura generica, non può dirsi che violi anche la norma tutelata dalla disposizione di legge, in cui si concreta la figura generica, e non può dirsi, poichè, mentre una figura — in quello che hanno di comune — è compresa nell'altra, se s'imputasse la violazione delle norme tutelate dalle due disposizioni di legge, s'imputerebbe due volte lo stesso fatto. Questo lo abbiamo già dimostrato.

Così, il nostro codice alla figura generica del furto (art. 402) fa seguire le figure specifiche dei furti più gravi (art. 403, 404); alla figura generica dell'omicidio (art. 364) fa seguire le figure specifiche degli omicidi di maggiore gravità (art. 365, 366) e quelle di gravità minore (art. 376 cap., 377). Ma non può dirsi che chi ruba con destrezza o con chiave falsa e chi uccide con premeditazione o uccide nell'adulterio flagrante violino norme tutelate da due diverse disposizioni di legge, poichè, — e questo è ovvio —, ogni furto aggravato comprende già gli elementi costitutivi del furto, ogni omicidio aggravato o scusato comprende già gli elementi costitutivi dell'omicidio.

---

che, pure sorpassando nel massimo la durata di essa, abbia un minimo di durata inferiore — 28 novembre 1890 (*Rivista penale,* XXXIII, 283) —; e che quando, per due disposizioni di legge, vi è un identico massimo di reclusione, si deve ritenere più grave la pena che ha un minimo molto superiore, sebbene all'altra sia congiunta la multa. Cassazione: 9 e 23 febbraio 1892 (*Rivista penale,* XXXV, 485: XXXVI, 86 n. 1089). Si è anche deciso che, per determinare qual sia la pena più grave, non debba tenersi conto della vigilanza speciale. Cassazione penale, 25 luglio 1894 (*Rivista penale,* XLI, 390).

E che sia così, chiaro risulta, per ragione di contrari, dall'esempio, più volte ripetuto, dell'adulterio incestuoso. In questo caso, invece, si violano norme tutelate da diverse disposizioni di legge, poichè l'incesto non comprende gli elementi costitutivi dell'adulterio, nè questo gli elementi costitutivi di quello.

Di conseguenza, allora che il colpevole sia reo della violazione d'una norma tutelata da una disposizione di legge, relativa ad una figura specifica di reato, di questa risponderà, senza badare se la pena sia più o meno grave della pena comminata alla figura generica, che, altrimenti, se la figura specifica potesse sparire ed assorbirsi nella figura generica sarebbe inutile averla scritta nel codice. Il concorso non ci entra.

Ma questa soluzione, che appare evidente quando la figura generica sia meno grave della figura specifica, appare, invece, dubbiosa in qualche caso, in cui questa sia meno grave di quella. E appare dubbiosa, perchè, si dice, l'art. 78 non fa alcuna eccezione.

E, appunto per questo, il Civoli, muove un'accusa al nostro codice. Egli dice che se, realmente, in ogni caso, un fatto previsto da più disposizioni di legge dovesse punirsi secondo la pena più grave, si arriverebbe a conseguenze esorbitanti. Così, egli dice, il pubblico ufficiale, reo di falso in licenze, passaporti, fogli di via o di soggiorno, non dovrebbe mai punirsi in base all'art. 287, che prevede espressamente questa specie di falso, contro cui è comminata una pena più mite di quella comminata dall'art. 275, che prevede genericamente il falso formato dal pubblico ufficiale; l'artefice, che distrugge l'opera propria, già consegnata e quindi divenuta proprietà altrui, e la distrugge perchè non venne pagata o non venne pagata adeguatamente e non potè averla restituita, dovrebbe esser sempre reo del danneggiamento previsto dall'art. 424, e non del reato più mite di ragion fattasi previsto dall'art. 235; colui che turba l'altrui pacifico possesso d'un immobile, e lo turba perchè su di esso ha un diritto sussistente e non immaginario, dovrebbe sempre esser reo dell'usurpazione prevista dall'art. 423, e non del reato più mite di ragion fattasi previsto dagli art. 235 e 236 [1]).

Ma, a mio modo di vedere, l'accusa non regge, nè il codice doveva aggiungere qualche altra cosa, e non dovea aggiungerla, perchè non può mai sospettarsi che la regola del concorso possa render responsabile d'un reato diverso dal reato, che si è commesso.

In fatti, come il reato aggravato comprende gli elementi del

---

1) CIVOLI, op. cit., n. 157.

E che sia così, chiaro risulta, per ragione di contrari, dall'esempio, più volte ripetuto, dell'adulterio incestuoso. In questo caso, invece, si violano norme tutelate da diverse disposizioni di legge, poichè l'incesto non comprende gli elementi costitutivi dell'adulterio, nè questo gli elementi costitutivi di quello.

Di conseguenza, allora che il colpevole sia reo della violazione d'una norma tutelata da una disposizione di legge, relativa ad una figura specifica di reato, di questa risponderà, senza badare se la pena sia più o meno grave della pena comminata alla figura generica, chè, altrimenti, se la figura specifica potesse sparire ed assorbirsi nella figura generica sarebbe inutile averla scritta nel codice. Il concorso non ci entra.

Ma questa soluzione, che appare evidente quando la figura generica sia meno grave della figura specifica, appare, invece, dubbiosa in qualche caso, in cui questa sia meno grave di quella. E appare dubbiosa, perchè, si dice, l'art. 78 non fa alcuna eccezione.

E, appunto per questo, il Civoli, muove un'accusa al nostro codice. Egli dice che se, realmente, in ogni caso, un fatto previsto da più disposizioni di legge dovesse punirsi secondo la pena più grave, si arriverebbe a conseguenze esorbitanti. Così, egli dice, il pubblico ufficiale, reo di falso in licenze, passaporti, fogli di via o di soggiorno, non dovrebbe mai punirsi in base all'art. 287, che prevede espressamente questa specie di falso, contro cui è comminata una pena più mite di quella comminata dall'art. 275, che prevede genericamente il falso formato dal pubblico ufficiale; l'artefice, che distrugge l'opera propria, già consegnata e quindi divenuta proprietà altrui, e la distrugge perchè non venne pagata o non venne pagata adeguatamente e non potè averla restituita, dovrebbe esser sempre reo del danneggiamento previsto dall'art. 424, e non del reato più mite di ragion fattasi previsto dall'art. 235; colui che turba l'altrui pacifico possesso d'un immobile, e lo turba perchè su di esso ha un diritto sussistente e non immaginario, dovrebbe sempre esser reo dell'usurpazione prevista dall'art. 423, e non del reato più mite di ragion fattasi previsto dagli art. 235 e 236 [1]).

Ma, a mio modo di vedere, l'accusa non regge, nè il codice doveva aggiungere qualche altra cosa, e non dovea aggiungerla, perchè non può mai sospettarsi che la regola del concorso possa render responsabile d'un reato diverso dal reato, che si è commesso.

In fatti, come il reato aggravato comprende gli elementi del

[1]) Civoli, op. cit., n. 157.

reato semplice e gli elementi d'aggravamento, così il reato attenuato comprende, con gli elementi del reato semplice, gli elementi di scusa. Come l'uccisione del genitore è l'omicidio semplice più qualche cosa, così l'uccisione dell'adultera è l'omicidio semplice meno qualche cosa. Di conseguenza, nel primo esempio citato dal Civoli, non si violano norme tutelate da due diverse disposizioni di legge, ma si viola una norma tutelata da una disposizione sola, la quale tutela lo stesso diritto, che un'altra disposizione tutela nel caso d'una violazione diversa e maggiore.

Negli altri esempi, poi, si viola un diritto, che nulla ha che fare con quello che vien violato dal danneggiatore e dall'usurpatore; chè se alla proprietà qualche nocumento deriva, di esso si è già tenuto conto nella struttura della disposizione.

Nell'adulterio incestuoso, si violano norme tutelate da due diverse disposizioni di legge, perchè, quantunque esse in concreto siano inscindibili, nondimeno, in astratto, può esservi adulterio senza incesto come può esservi incesto senza adulterio. Viceversa, non può esservi falso in passaporti, licenze e simili, senza il falso; nè può esservi tale ragion fattasi, senza recar danno alle cose.

52. E qui sorge un problema attorno ai reati così detti complessi.

A questo proposito, così scrive il Puccioni: « nel bollore della collera, nel tempo che la rissa ferve, non di rado avviene che un solo individuo proferisca ingiurie, minaccie gravissime, percuota, ferisca e quindi uccida colui contro il quale la sua ira era diretta; tenendo dietro a ciò che è avvenuto, l'agente avrebbe commessi diversi e distinti delitti d'ingiurie, di minaccie, di offese, di ferimento e d'omicidio. Deve esso per questo suo operato sottostare a tante pene quante ne sono dalla legge a ciascun delitto minacciate, o deve esser represso con una sola pena, quella in specie dovuta all'omicidio come la pena più grave? Nel rispondere a tali questioni gli scrittori tanto antichi quanto moderni sono concordi. Le risolvono per l'assorbimento delle pene minori nella maggiore, osservando che una sola essendo la spinta che mosse l'agente, quella cioè di uccidere il suo contradditore, una sola essendo la persona lesa, le ingiurie, le minaccie, le percosse, il ferimento non debbono considerarsi come azioni separate e distinte, ma come mezzi tendenti allo scopo principale, a cui il delinquente mirava, e con questo scopo unificarsi e confondersi. Lo stesso replicano nel caso che non sia avvenuto nella rissa omicidio, ma ferimento o percossa congiuntamente alle ingiurie o minaccie, dovendo la pena più grave assorbire le minori; e qualora non una, ma più ferite siano state sofferte dallo

stesso individuo per opera di un solo imputato, è chiaro ed evidente che questo deve rispondere di un solo non di più ferimenti, e soffrirne la pena in proporzione della maggiore o minore loro gravità calcolata o nel loro complesso, o di fronte a quello fra essi che avesse prodotto maggior danno » [1]).

Ma il Puccioni il problema non lo pone bene. Non si tratta di vedere se la pena minore sia da assorbirsi nella maggiore, cosa che, con un certo linguaggio, può verificarsi anche nel concorso reale più palese e più grossolano, ma si tratta di vedere se vi sia un reato solo o se ve ne siano due. Quando si dice che la pena minore è assorbita nella maggiore, si dice già che vi sono due reati, e questi due reati permangono, qualunque sia l'artificiale applicazione della pena.

Assai meglio, dunque, il Carrara pone questo problema, a proposito della resistenza e dell'oltraggio: « chi resiste alla pubblica forza ha un fine unico: quello cioè di resistere ed impedire con ogni sua attività l'atto di giustizia inviso a lui. Tutta l'attività fisica del resistente muove da questo unico impulso verso questo solo fine; e la mano e la voce ed il piede ed ogni elemento di attività non offre che un coacervo di mezzi per ottenere la offesa alla giustizia. Niente volge il pensiero all'onore dello individuo al quale resiste, e che forse non conosce neppure di persona; tutto per lui si dirige alla aggressione del diritto universale; e i diritti dell'individuo si offendono a questo solo intento. Mentre la mano tenta vincere la forza fisica dell'ufficiale, la voce procura deprimerne l'animo: non per menomarne la riputazione, ma per meglio indurlo a cedere, si grida e insulta... Assurdo il credere che un ufficiale bersagliato dai pugni dei resistenti, o dai sassi lanciati da loro, abbia ceduto alle violenze perchè a queste andarono congiunte le parole di *birbante* e *assassino;* e non avrebbe ceduto se quelle parole non si fossero udite da lui. Sente ognuno che quattro pugni o quattro sassi di più hanno energia maggiore ad ottenere il pravo fine, che non l'abbiano venti sconcie parole. Repugna che quando un reato ha la essenza sua in un mezzo più grave e più riprovevole, il mezzo più insignificante ne aumenti l'odiosità... L'obiettivo dell'onore dello ufficiale, a ben guardare, è già implicitamente aggredito nella stessa resistenza. Non vorrà certo affermarsi che resistere ad un ufficiale sia un atto di reverenza verso di lui... Dunque se nella resistenza vi è sempre implicita, oltre la offesa alla giustizia, l'aggressione all'onore dell'individuo che rimane assorbita nell'obiettivo più importante, non è

---

[1]) Puccioni, op. cit., vol. II, pag. 223, 224.

vero che per una parola di più sorga la offesa ad un diritto ulteriore. Lo stesso senso morale non si adatta a questo risultamento, che di due resistenti debba punirsi meno colui che ammenò dieci pugni, e punirsi di più colui che ammenò un solo pugno perchè aggiunse ancora la parola contumeliosa » [1]).

Noi crediamo che, per arrivare ad una soluzione, bisogna procedere per distinzioni successive.

È possibile che le lesioni, di cui si discute, siano omogenee, vale a dire che il delinquente, dopo aver inflitto una ferita al suo nemico, gliene infligga un'altra, che il delinquente, dopo aver pronunciato una parola d'ingiuria contro il suo avversario, ne pronunci una seconda. In tal caso, le due offese, quando siano successive, e siano prodotte in uno stesso contesto d'azione, si ravvisano piuttosto come due atti, componenti la stessa azione, che come due azioni, e non si ravvisano mai come due fatti distinti.

È possibile che le lesioni, di cui si discute, siano eterogenee, ma della stessa famiglia; e tali che l'una sia la progressione dell'altra, vale a dire che il delinquente, dopo avere inflitto una ferita, uccida, che il delinquente, dopo l'osceno toccamento passi allo stupro. In tal caso, quando si verifichino le condizioni esposte di sopra, si ha un sol reato, perchè la lesione minore non ha una sua personalità, ma rappresenta invece la materialità necessaria alla perpetrazione della lesione maggiore. Del resto, chi credesse all'esistenza di due reati, come farebbe a dimostrare che la lesione personale non fosse diretta ad uccidere e che il toccamento non fosse l'atto materiale, col quale si andava verso lo stupro? In queste due ipotesi, dunque, si ha evidentemente un reato unico; a noi non resta che rinviare il lettore a quanto, più in là, dicemmo a proposito dell'unità d'azione e a proposito del reato continuato. Altrimenti avverrebbe se tra un'offesa e l'altra passasse tanto tempo, quanto basta perchè esse si ravvisassero come prodotte da tante diverse risoluzioni criminose e come costituenti tanti fatti distinti.

È possibile, invece, che le lesioni di cui si discute siano eterogenee e di famiglie diverse o, in generale, tali che l'una non sia la progressione dell'altra; vale a dire che il delinquente attribuisca fatti determinati disonorevoli al pubblico ufficiale, cui resiste, che il delinquente ingiurii, e forse atrocemente, il nemico che uccide. In tal caso, non saprei accettare le, troppo generiche, risoluzioni del Puccioni e del Carrara. Sono anch'io d'accordo con loro che non si deb-

[1]) CARRARA, *Programma*, §§ 2786, 2790.

bano imputare a speciali reati quelle parole irate, finchè esse non rappresentano se non una estrinsecazione verbale di quell'ira, che più energicamente si manifesta colla resistenza e coll'omicidio; ma non sono più d'accordo con loro, allor che tali parole acquistino una propria fisionomia, quella propria fisonomia che basta a far presumere l'insorgere di un altra intenzione, onde si dà luogo ad un altro reato, distinto dal reato con cui concorre. Sarebbe strano che dovesse rispondere d'un sol reato quel colpevole che, non contento di uccidere la vittima, vuole, nell'ora della morte, renderne più penosa l'agonia, col rinfacciarle un fatto disonorevole.

Messo in questi termini, il problema si riduce ad una mera quistione di fatto [1]).

Quindi, non possiamo accettare la regola generale, secondo cui la violenza al ministro di un culto (art. 140 e seg.) e la lesione personale (art. 372 n. 1, 2), a lui prodotta, costituirebbero un fatto unico, soggetto al concorso formale, al pari del vilipendio del cadavere (art. 144) accompagnato anche da diffamazione (art. 393) [2]). E non possiamo accettarla, perchè, mentre con essa si vuol dimostrare una cosa di cui non si dubita, — vale a dire che non sia possibile pensare che il legislatore voglia garantir meno la libertà del culto, quando più grave sia stato il mezzo per violarla –, si sarebbe per contro dovuto dimostrare che il più grave mezzo adoperato non costituisca, e non costituisca mai, un reato a sè, un reato soggetto, quindi, al concorso reale, previsto dall'art. 77; laddove tutto induce a far pensare, invece, che se l'agente volle e la violenza e la lesione, volle e il vilipendio del cadavere e la diffamazione, mentre poteva volere l'una e non l'altra, si abbiano due fatti distinti, e quindi due reati [3]).

Per le stesse considerazioni, non possiamo approvare la sentenza con cui si decise che colui, il quale percuote o ferisce un pubblico ufficiale a causa delle sue funzioni, commette i due reati di oltraggio con violenza e di lesioni personali contro un pubblico ufficiale, a causa delle sue funzioni, reati punibili con la pena comminata al reato più grave secondo l'art. 78 [4]).

E se anche potessimo approvarla nella sostanza, non potremmo

---

[1]) In senso a noi contrario, MAJNO, op. cit., I, n. 398.

[2]) Questa tesi, che rifiutiamo, è sostenuta dal LOMBARDI, *Intorno ai delitti contro la libertà dei culti*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, IV.

[3]) Nello stesso senso, LANZA, op. cit., loc. cit.

[4]) Cassazione penale, 8 maggio 1895 (*Giurisprudenza penale*, 1895, I, 186). Così anche la Corte d'appello di Casale, 7 settembre 1898 (in BOZZI, *Della violenza e della lesione personale concorrente*, nella *Giustizia penale*, IV).

approvarla nella forma, perchè non ci pare esatto affermare, *sic et simpliciter*, che il concorso formale sia l'incontro di due reati, dei quali se ne punisce uno solo. Ma possiamo approvarla nella sostanza? Certamente no. Se ogni oltraggio previsto dall'art. 195 è costituito dalla violenza e se la lesione, qualunque essa sia, non può commettersi senza violenza, deriverebbe dalla accettazione di tale bizzarra giurisprudenza la necessità di abolire il capoverso dell'articolo 373, che pure prevede le lesioni inflitte in occasione d'un altro reato. E poi sarebbe giusto mettere in pari condizioni colui, che ha oltraggiato sia pure violentemente, e colui, che ha oltraggiato violentemente e ferito? E se si dimostra che l'agente ha voluto oltraggiare con violenza e ha voluto anche ferire, non si hanno forse due fatti, che escludono assolutamente l'applicazione dell'art. 78? Ma questa quistione la ripiglieremo nel prossimo capitolo: nel comento dell'articolo 77.

La Corte suprema ha, poi, ritenuto che vi siano due reati nel fatto di colui che pronuncia minacce ed infligge percosse, nello stesso giorno, per la stessa causa, ma in luoghi diversi [1]; nel fatto di colui che minaccia e poi, con un nuovo impeto, insegue e ferisce [2]; nel fatto di colui che, entrato in un'osteria, cagiona delle lesioni alle persone e danneggia gli utensili [3]; nel fatto di colui che, con una rissa, turba le elezioni comunali [4].

In tutta questa materia, veglia sempre la differenza, che intercede tra la naturale e giuridica inseparabilità delle lesioni e la inseparabilità accidentale. Per necessità di cose, su di questa materia dovremo tornare più volte, in questo capitolo e nel seguente.

53. Un terzo limite all'applicazione del concorso nasce dalla natura stessa del reato.

Vi sono dei reati, la cui obiettività reale è costituita appunto dall'offesa rivolta contro un corpo o una collettività, che è, necessariamente, composta di più persone.

Qui vi è un fatto unico, ma non vi è concorso, perchè non si violano più norme tutelate da diverse disposizioni di legge, ma si viola (e una volta sola) una norma tutelata da una sola disposizione, la quale prevede, appunto, l'offesa rivolta contro un corpo o una collettività, comprendente più persone, e non l'offesa rivolta contro

---

[1] Cassazione penale, 26 febbraio 1890 (*Rivista penale*, XXXIV, 83).

[2] Cassazione penale, 14 giugno 1895 (*Giustizia penale*, I, 863).

[3] Cassazione penale, 18 agosto 1900 (*Rivista penale*, LII, 525); 13 luglio 1900 (*Cassazione unica*, XI, 1385); 4 marzo 1899 (*Rivista penale*, XLIX, 518).

[4] Cassazione penale, 17 gennaio 1900 (*Giurisprudenza penale*, 1900, 113).

le singole persone come individui. Quindi, qualunque fosse lo scopo dell'agente, magari offendesse egli la collettività per offendere taluno dei componenti, il reato sarebbe sempre lo stesso.

Così avviene per il vilipendio del Senato o della Camera dei deputati (art. 123), per l'oltraggio ad un corpo giudiziario, politico od amministrativo (art. 197), per la violenza diretta ad impedire o a turbare le adunanze di corpi giudiziari, politici od amministrativi (art. 188), per la violenza diretta ad imporre una diminuzione o un aumento di salari ovvero patti diversi (art. 166).

Altre volte, invece, il legislatore ha formato una figura di reato, che è composta appunto di due o di più lesioni giuridiche.

Qui si ha il fatto unico, si ha la pluralità delle lesioni, ma non si può incontrare alcun concorso, poichè, prevedendosi le varie lesioni da una sola disposizione di legge, una norma si viola e non due.

E gli esempi abbondano. Ricordo l'incendio volontario del proprio edifizio o delle proprie cose, quando danneggi o esponga a pericolo persone o cose altrui (art. 308, 309); l'adulterazione di alimenti o medicine producente pericolo per la vita delle persone (art. 324) o la morte di una o più persone (art. 327); la violenza carnale, gli atti di libidine violenti ed il ratto, da cui sia derivata la morte o la lesione della persona offesa (art. 351); l'aborto procurato da cui derivi la morte della donna (art. 382 cap., 383 cap. pr.); l'abbandono d'un incapace, da cui derivi la morte o un grave danno nel corpo o nella salute o nella mente di lui (art. 386 cap.); il furto che implichi offesa al cadavere (art. 403, n. 2) o offesa al culto (art. 403, n. 3); il furto, che implichi anche violazione del domicilio (art. 404, n. 3), o violazione di sigilli (art. 404, n. 7), o commesso attribuendosi la qualità di pubblico ufficiale (art. 404, n. 10) o commesso su cosa palesemente destinata a pubblica difesa o a pubblico riparo da infortuni (art. 404, n. 11).

In queste ipotesi, il legislatore ha fatto quel che, come dicemmo, avrebbe dovuto far sempre, se ciò fosse possibile, ha fatto quel che, come vedremo, ha fatto anche per il concorso reale. E, anzi, ha dovuto farlo *a fortiori,* perchè, per il sistema dell'art. 78, si sarebbe altrimenti applicata una pena troppo mite [1]). In ognuno di questi

---

[1]) Fu davvero un equivoco quello in cui cadde la Relazione ministeriale (LXI), quando disse che, senza la disposizione dell'art. 78, colui che entra clandestinamente per rubare sarebbe reo di furto e di violazione di domicilio... E fu un equivoco, perchè non si è mai sospettato, nemmeno con i codici che non parlano del concorso ideale, che colui, che risponde d'un furto qualificato, debba poi anche rispondere degli elementi che lo qualificano.

delitti vi è, con un sol fatto, la lesione di due diritti, e pure non può parlarsi di concorso ideale appunto perchè quelle due lesioni sono state già fuse in una lesione sola e maggiore. Anzi, alle volte, i fatti sono due, uniti dal vincolo di mezzo a fine, e pure non si può parlare di concorso reale, e per la medesima ragione.

In queste ipotesi, non si può parlare di concorso ideale, perchè, in ognuno dei citati articoli, vi è contenuto un concorso ideale implicito. E, difatti, supponiamo che si potesse parlare di concorso ideale. Che avverrebbe? Avverrebbe o che, con l'attuale art. 78, si dovrebbero, praticamente, abrogare tutti gli articoli citati, ovvero che, — se si modificasse l'art. 78 nel senso di tener conto anche della pena comminata alla lesione minore —, lo stesso fatto si imputerebbe due volte.

In altri casi, finalmente, il reato, pur essendo unico, può nondimeno commettersi in tanti modi diversi.

È noto che, con l'ammonizione, s'impongono taluni speciali precetti, e che con la vigilanza speciale, altri speciali precetti si possono imporre (art. 103, 104, 105, 118 della legge di pubblica sicurezza).

Ora, può dirsi che l'ammonito o il vigilato commetta due o più reati, sol perchè contravviene a due o più di tali precetti? No.

Per quel che riguarda la vigilanza speciale, questa soluzione è poggiata, secondo dice l'Alpi, sul disposto dell'art. 120 della citata legge di pubblica sicurezza, ove sta scritto: « *Il contravventore alle prescrizioni della vigilanza speciale.... è arrestato e punito a termini del codice penale....* », parole che mal si comprenderebbero se la condizione di colui, che contravviene ad un precetto solo, fosse diversa dalla condizione di colui, che contravviene a più precetti. E noi, con l'Alpi, crediamo cha si abbia un reato solo, sia che si violi un precetto solo sia che se ne violino due o più, e che del numero dei precetti violati si possa tener conto soltanto nella latitudine della pena, affidata al giudice. E questo è giusto, laddove, invece, applicandosi il cumulo giuridico delle pene, per fatti di per sè stessi non gravi, si applicherebbe la reclusione in misura eccessiva [1]).

Per quel che riguarda l'ammonizione, la soluzione non può essere diversa. La legge di pubblica sicurezza, infatti, dice, nell'art. 110, e nello stesso modo, che « *il contravventore alle prescrizioni dell'ordinanza di ammonizione è punito con l'arresto sino ad un anno....* ». Da ciò ricaviamo la stessa conseguenza così in ordine alla latitu-

[1]) ALPI, *La vigilanza speciale dell'autorità di pubblica sicurezza*, nella *Rivista penale*, XXXI. Nello stesso senso, MAJNO, op. cit., I, n. 401.

dine della pena affidata al giudice, come in ordine alla esorbitanza cui darebbe luogo il cumulo delle pene [1]).

La stessa questione sorge anche a proposito di bancarotta, allor che il commerciante, il quale ha cessato di fare i suoi pagamenti, si trovi in due o in più dei casi previsti dagli art. 856, 857, 859 del codice di commercio; ovvero allor che il commerciante fallito sia reo di due o di più delle azioni previste dall'art. 860.

Si ha, evidentemente, un sol reato, quando si verifichino due o più delle ipotesi, che sono certamente ipotesi di colpa, e si ha un sol reato, quando si verifichino due o più delle ipotesi di frode, poichè quelle sono i varî atteggiamenti d'una stessa colpa e queste sono i varî momenti d'una stessa frode [2]).

Il dubbio potrebbe nascere sol quando, nell'ipotesi di bancarotta semplice, il commerciante, dopo la cessazione dei pagamenti, compisse qualche azione che, forse, non è colposa ma volontaria, quantunque sia sempre un'azione di bancarotta semplice. Ma il dubbio dovrebbe rimuoversi e la soluzione dovrebbe essere la stessa, perchè, nel sistema del codice, una tale azione è perfettamente equiparata a quelle che sono indubbiamente colpose.

54. Un quarto limite deriva dall'ostacolo, che si contrappone all'esercizio dell'azione penale per una delle lesioni.

Poichè il fatto, in cui concorrono più lesioni, ha come tante facce, è evidente che, se l'ostacolo all'esercizio dell'azione cancella una o più di queste facce, non cancella le altre; e non le cancella, perchè, se le cancellasse, ognuno di tali ostacoli acquisterebbe un'efficacia maggiore dell'efficacia che gli è propria.

Un'importante applicazione si avrebbe in tema di estradizione, quando uno stesso fatto costituisse la violazione d'una norma tutelata da una disposizione di legge d'ordine politico e d'una norma tutelata da una disposizione di legge d'ordine comune, se il *ius receptum* non vietasse l'estradizione, a *fortiori*, anche per i reati comuni, realmente connessi ai politici.

Ho detto, e lo ripeto, che questa soluzione è relativa a tutte le cause estintive. Essa, però trova la sua più frequente applicazione nel concorso di lesioni giuridiche perseguibili d'ufficio e di lesioni perseguibili in seguito a querela dell'offeso.

---

[1]) Nello stesso senso, MAJNO, op. cit., 1, loc. cit.

[2]) Così la Cassazione di Torino, 26 ottobre 1888 (*Giurisprudenza penale*), 1889, 33) e la Cassazione penale, 5 marzo 1890 (*Corte suprema*, 1890, 155). Così, espressamente, dice il codice francese (art. 593, 586). Per la giurisprudenza germanica, vedi STENGLEIN, *Bankerutt*, 24 e seg., nel *Lexikon des deutschen Strafrechts*, I. Berlin 1900.

L'ipotesi si esemplifica nel concorso di violenza carnale (art. 331) e di incesto (art. 337), e nel concorso di adulterio (art. 353) e d'incesto (art. 337), poichè, mentre per l'incesto si procede d'ufficio, per la violenza carnale e per l'adulterio può non essere intervenuta la querela, o può esservi stata remissione [1]).

Nel primo di questi esempi è maggiore la pena, per il reato per cui si procede a querela di parte, ed è minore la pena, per il reato per cui si procede d'ufficio. Nel secondo esempio, invece, avviene tutto l'opposto.

Ora, si domanda, in primo luogo: se per una delle lesioni non si può procedere, perchè manca la querela o è intervenuta la remissione, si può procedere per l'altra?

La risposta è affermativa, e non potrebbe essere diversa, perchè, altrimenti, quelle ragioni di opportunità, che han consigliato al legislatore di permettere all'offeso di contraporre un ostacolo alla persecuzione di certi reati, verrebbero ad esercitare la loro influenza anche su quei reati, che il legislatore vuole che si perseguano sempre [2]).

Il problema più grave sorge per la misura della pena.

E come sorge? Mettiamo da parte il secondo dei nostri esempi, perchè, essendo maggiore la pena dell'incesto, è questa che deve applicarsi, e in ogni caso, vi sia o non vi sia azione per l'adulterio. Guardiamo il primo. In esso, la pena più grave è quella della violenza carnale, per la quale, — secondo il nostro supposto —, non è intervenuta querela, ovvero vi è stata remissione. Dovrà applicarsi questa, che è la pena più grave, o bisogna applicare l'altra, la pena del reato perseguibile d'ufficio, che è la pena meno grave?

---

[1]) Si esemplifica anche nel concorso di appropriazione indebita e simulazione di reato. Ma noi questo esempio lo abbiamo tralasciato, poichè ancora non abbiamo detto se questo sia un concorso ideale o un concorso reale. Lo diremo più in là.

[2]) La Cassazione di Roma, 10 giugno 1883 (*Rivista penale*, XIX, 92), aveva così deciso in un caso, in cui il reato minore era quello, per cui occorreva la querela. Più in generale, senza distinguere reato minore e reato maggiore, ha, e nello stesso senso, deciso il Tribunale supremo dell'impero germanico, 23 marzo 1875 e 17 febbraio 1876 (*Rivista penale*, III, 371; VI, 188). Vedremo più in là come in questo senso si sia deciso con il codice vigente. Cassazione penale, 6 novembre 1890 (*Foro italiano*, 1891, II, 207), a proposito di concorso d'un reato perseguibile a querela di parte e della contravvenzione all'ammonizione. Questa soluzione è unanime, soltanto il SANTORO-FAIELLA (*Intorno all'art. 78 del codice penale*, nella *Gazzetta giuridica*, I) pensa che, quando per la lesione maggiore occorre la querela, e questa non vi sia, non possa procedersi nemmeno per la lesione minore.

Dal punto di vista razionale, il problema, a nostro modo di vedere, non dovrebbe nemmeno nascere, perchè se, nei reati contro il pudore, l'iniziativa della parte lesa è necessaria, sol perchè bisogna, sopratutto, salvaguardare l'interesse che essa può avere a nascondere le brutture con un velo pietoso e discreto, è ovvio che tale interesse non può più esercitare la sua efficacia, allora che la bruttura, sia pure per un altro dei suoi aspetti, vien resa nota. E questo è tanto vero che l'istesso nostro codice non riconosce efficacia, per questi reati, alla remissione della querela, quando sia già aperto il dibattimento (art. 336, 344).

Ma, dato il sistema del nostro codice, il problema, sorge e sorge imperioso.

Vi sono due opinioni.

Una è quella dell'Impallomeni [1]). Egli comincia con dire che, per l'art. 78 del codice penale, vi è prevalenza di pena e non prevalenza di reato, perchè vi è un reato solo che ha due titoli diversi; e che, ad ogni modo, anche quando vi fossero due reati, non potrebbe parlarsi di prevalenza, perchè, quando si dice concorso si dice coesistenza, mentre quando si dice prevalenza si dice che un reato è sparito di fronte all'altro. La legge, egli continua, non dice già che si applica la disposizione di legge che minaccia la pena più grave; prevede invece che, con lo stesso fatto, siano violate norme tutelate da diverse disposizioni di legge penale, e che la pena applicabile sia quella della disposizione che minaccia la pena più grave. Dunque, si ha una semplice prevalenza di pene, e non di reato, poichè, quando si dice che sono state violate più norme tutelate da disposizioni di legge, viene espressamente ritenuta la coesistenza di più titoli di reato. Nell'art. 78, si prevedono reati, i quali non sono, per intiero, preveduti in una sola disposizione di legge. E così, nell'ipotesi in esame, non vi è violenza carnale, perchè la violenza carnale non comprende la violazione del vincolo del sangue; non vi è incesto, perchè l'incesto non comprende la violenza; vi è dunque un reato nuovo: la violenza carnale incestuosa. « Come potrebbe parlarsi di prevalenza di reati, se non vi sono più distinti reati, ma invece un reato solo preveduto inseparabilmente da più disposizioni ? ». Se, adunque, conchiude l'Impallomeni, vi è coesistenza e non esclusione di titoli diversi di reati, non deve richiedersi la querela di parte, se per uno

---

[1]) IMPALLOMENI, op. cit., vol. I, n. 130.

dei titoli si proceda d'ufficio. L'incesto non cessa di essere incesto, sol perchè esso è commesso con violenza; il fatto non ritrae soltanto da uno dei due reati, ma ritrae da ambedue e non si potrebbe, senza contraddizione, punirsi subordinatamente ad una condizione che ricorre soltanto per uno solo di essi.

Con l'altra opinione, seguìta dal Masucci [1]), dal Crivellari [2]), dal Florian [3]), si propone una soluzione opposta. È vero, si dice, che secondo l'art. 78 si ha un reato unico, ma questo reato è unico soltanto per una finzione giuridica, poichè, in realtà, si hanno invece due reati. Ora se, per uno di questi, non si può procedere, non si capisce come si debba procedere, sol perchè esso è unito con un altro reato, per cui si procede di ufficio. Non solo, ma — si continua —, mentre è certo che la perpetrazione di più reati connessi, — quella dell'art. 77 —, è più grave della perpetrazione d'un sol reato, che viola norme tutelate da più disposizioni, — quella dell'articolo 78 —, perchè per quella si dà luogo al cumulo giuridico della pena, si arriverebbe, quando tra i reati connessi ve ne fosse uno per cui occorre la querela, o a sostenere che per questo reato, sol perchè connesso, non occorra la querela, ciò che è inconcepibile, ovvero alla conseguenza pratica che vi è un concorso ideale, il quale è più gravemente punito che il concorso reale. A ciò si aggiunga che colui, il quale ha commesso un delitto, per cui occorre la querela, ha, per ciò solo, acquistato diritto a non essere perseguitato se l'offeso non vuole perseguitarlo, e di questo diritto non può essere spogliato se il legislatore non ha fatto una deroga: qui non vi è deroga esplicita, perchè la legge nulla dice, e non può esservi deroga implicita, perchè essa porterebbe alla già detta conseguenza ingiusta.

Noi, applicando il nostro codice, accettiamo questa seconda soluzione.

Le ragioni, che sono state addotte in sostegno di essa, ci sembrano prevalenti. Aggiungiamo che, nel sistema del codice, — a differenza del convincimento, che ci siamo formati nel campo scientifico —, l'art. 78 prevede un concorso di lesioni, colpito con la pena della lesione più grave, il quale concorso ben si distingue dal reato veramente unico, che, come negli esempi precedentemente citati, è costituito da una lesione nuova e unica, dovuta al fondersi di altre

---

[1]) Masucci, op. cit., n. 58.

[2]) Crivellari, op. cit., vol. IV, pag. 279 e seg.

[3]) Florian, op. cit., pag. 345.

lesioni, lesione unica che è colpita da una pena che è maggiore della pena di ciascheduna delle lesioni componenti.

55. Un quinto limite nasce dalla differenza naturale e giuridica, che intercede tra il concorso di più disposizioni della stessa legge ed il concorso di più leggi diverse.

Al concorso formale, e, come vedremo, al concorso reale di più leggi, si arriva per l'art. 10 del nostro codice, il quale dice: « *le disposizioni del presente codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste diversamente stabilito* ».

Così si enuncia la regola e l'eccezione: bisogna seguire quella, fin quando non s'incontri espressamente questa.

Questo modo d'intendere il concorso di leggi è, forse, quello che ha maggior valore pratico e meno dubbiezze presenta [1]).

È naturale che i principî, che regolano il concorso di più disposizioni di una stessa legge, regolino anche il concorso di più leggi. I principii, se sono davvero principii, non possono variare, mentre il trovarsi una disposizione in una piuttosto che in un'altra legge è cosa accidentale.

Come può nascere un concorso di leggi?

Mettiamo da parte il caso, il cui la disposizione d'una legge comprende già, per necessità naturale e giuridica, gli elementi della disposizione di un'altra legge. Ad esempio, l'insubordinazione commessa a scopo d'omicidio, cioè l'insubordinazione preveduta dall'art. 125 del codice per l'esercito e dall'art. 145 del codice per la marina di guerra, comprende già tutti gli elementi d'ogni e qualunque omicidio, preveduto dall'art. 364 del codice penale.

In tale caso, non vi è concorso di leggi, poichè una legge è già contenuta nell'altra.

Al contrario, il concorso nasce allor che le due leggi tutelano diritti diversi, non solo, ma tali che la disposizione d'una legge non possa comprendersi in quella nell'altra. Ad esempio, la legge forestale del 20 giugno 1877 vieta di legnare in un bosco soggetto a vincolo (art. 20) e il codice penale vieta il furto (art. 402).

In questo caso si ha un concorso di leggi, poichè il reato forestale può commettersi anche senza commettere furto.

---

[1]) Intorno al concorso vero e al concorso apparente di leggi, inteso anche in modo diverso di come l'intendiamo noi, si consultino: von Buri, op. cit., p. 42 e seg. — Pflaum, *Ueber Gesetzeskonkurrenz auf dem Gebiete des Strafrechts, passim.* München 1898. — Wachenfeld, op. cit., II.

E, quando s'incontra un concorso di leggi, bisogna ricercare se esso sia un concorso ideale ovvero un concorso reale.

Il citato art. 10 del codice penale, con le sue ultime parole, restringe il territorio dell'attuale controversia; onde, allor che la legge speciale escluda qualche reato dalle norme del concorso, non è possibile alcun dubbio.

Un esempio è dato dalla legge del 14 luglio 1891 sulle polveri piriche, la quale dispone: « *le multe sancite dalla presente legge vengono applicate indipendentemente dalle altre pene stabilite dal codice penale e dalla legge di pubblica sicurezza ...* » (art. 32).

Di conseguenza, la Cassazione ha ritenuto che non possa applicarsi l'art. 78 a questa legge, per la quale si comminano pene diverse: la pena della multa fissa e graduale, sancita dagli art. 22 e 30 di essa, e la pena della multa e degli arresti, sancita dall'articolo 462 del codice penale [1]).

Un altro esempio è dato dalla legge forestale or ora citata, la quale dice: « *le infrazioni di che negli articoli 16 e 18, commesse da chi non è proprietario od amministratore, saranno punite non solo colle pene minacciate dai detti articoli, ma altresì con quelle corporali inflitte dalle leggi penali generali, quando costituiscono un reato da esse previsto* » (art. 20).

Di conseguenza, la giurisprudenza ha ritenuto che, con una medesima azione, si possa commettere esercizio arbitrario delle proprie ragioni e contravvenzione forestale [2]), si possa commettere furto e contravvenzione forestale [3]), si possa commettere furto pascolo abusivo e contravvenzione forestale [4]), come reati distinti e realmente concorrenti.

In qualcheduna di queste ipotesi, però, la soluzione potrebbe essere analoga, anche senza la speciale disposizione della legge fo-

---

[1]) Cassazione penale 12 settembre 1900 (*Rivista penale*, LIII, 421). Nello stesso senso, 19 aprile 1899 (*Monitore dei tribunali*, 1890, 534); 7 maggio 1890 (*Cassazione unica*, II, 314). La Cassazione ha però, deciso che chi fabbrica polveri piriche o altre materie esplodenti, senza licenza dell'ufficio di finanza, e le detenga, senza licenza dell'autorità di pubblica sicurezza, commette la sola contravvenzione all'art. 9 della legge sulle polveri piriche e non anche l'altra, prevista dall'art. 21 della legge di pubblica sicurezza e dall'art. 468 codice penale: 20 marzo 1900 (*Giustizia penale*, VI, 449). In senso contrario, vedi le sentenze 28 giugno e 26 luglio 1897 (*Gistizia penale*, III, 992, 1174).

[2]) Cassazione penale, 27 settembre 1899 (*Cassaziane unica*, XI, 171).

[3]) Cassazione penale, 17 giugno 1897 (*Giustizia penale*, III. 1008).

[4]) Cassazione penale, 29 gennaio 1895 (*Giustizia penale*, I I 249).

restale, quando l'appropriazione delle legna sia un fatto distinto e posteriore al fatto della recisione.

Un grave dubbio è sorto, invece, a proposito del porto d'armi Ad esso ha dato luogo l'art. 2 della legge del 19 luglio 1880 sulle concessioni governative, il quale dice che « *l'esercizio di atti o diritti contemplati dalla presente e dalla legge 13 settembre 1874, senza il pagamento delle tasse relative, sarà punito con una multa ... e senza pregiudizio delle penalità portate dal codice penale in caso di reato in esso contemplato* ». A questa legge, si riferisce l'altra del 24 luglio 1894, n. 339.

La Cassazione ha deciso che, nel porto d'armi senza licenza, vi sia la contravvenzione prevista dal codice penale (art. 464) e l'altra prevista da questa legge sulle concessioni governative (art. 1, n. 50 e art. 2) [1]. E lo ha deciso, ora in base alle parole di questa legge speciale: « *senza pregiudizio delle penalità portate dal codice penale, in caso di reato in esso contemplato* », ora perchè si disse, — e specialmente dalle sentenze del 22 febbraio e del 18 marzo 1890 —, che questa legge è d'indole finanziaria e fiscale, e, quindi, le sue penalità sono dei semplici indennizzi, che non possono assoggettarsi alla regola dell'art. 78 del codice penale, come alla regola dell'art. 10 dello stesso codice non può assoggettarsi ogni altra legge che non sia penale, ma finanziaria.

Questa opinione è seguìta da qualche scrittore [2].

Invece, qualche pretore [3] e altri scrittori [4], il *Monitore dei*

---

[1]) La giurisprudenza è stata prevalente, nel senso cioè del concorso di due contravvenzioni. Così la Cassazione 22 febbraio 1890 (*Rivista penale*, XXXI, 460); 18 marzo 1890 (*Rivista penale*, XXXI, 576); 10 aprile 1890 (*Rivista penale*. XXXII, 142); 21 luglio 1890 (*Rivista penale*, XXXII, 463); 15 dicembre 1893 (*Foro italiano*, 1894, II, 246); 10 gennaio 1895, *Rivista penale*, XLI, 546). Si è deciso che, se si è pagata la tassa e non si è ottenuta ancora la licenza, s'incontra solo la contravvenzione del codice penale: 14 dicembre 1892 (*Rivista penale*, XXXVI, 306).

[2]) NEGRI, *Della legge 19 luglio 1880 sulle concessioni governative e dell'art. 464 cod. pen.*, nel *Monitore dei tribunali*, XXXI, — CRIVELLARI, op. cit., vol. IV, n. 90, 93. — CASTORI, op. cit., n. 55. — IMPALLOMENI, op. cit., III, n. 792. — TUOZZI, op. cit., IV, p. 328.

[3]) Pretore di Casalmaggiore, 11 febbraio 1890 (*Rivista penale*, XXXI, 460); Pretore di Popoli, 29 novembre e 29 dicembre 1890 (*Rivista penale*, XXXIII, 58, 377); Pretore di Castelnuovo di Garfagnana, 29 marzo 1890 (*Monitore dei pretori*, 1890, 152); Pretore di Partanna, 23 settembre 1893 (*Legge*, 1894, 1, 168).

[4]) BETTI, *L'art. 78 cod. pen. e il porto d'armi da fuoco senza licenza*, nella *Rivista universale di giurisprudenza e dottrina*, V. — CAMPOLONGO, *Le armi e il porto d'armi nel diritto penale positivo*, pag. 51. Città di Castello 1891. — D'ANTONIO, *Il porto d'armi abusivo di fronte alla legge sulle concessioni governative*.

Pretori [1]) e la *Rivista penale* [2]) ritennero che le parole di questa legge abbiano un significato diverso e che la penalità da essa comminata sia una vera pena, onde al colpevole di porto d'armi abusivo non possa applicarsi che una pena sola.

Quindi, la discussione ha come due momenti e due territori.

Cominciamo, dunque, con vedere se la penalità comminata dalla legge sulle concessioni governative sia o non sia una vera pena. Evidentemente, se essa non è una vera pena, ma è un indennizzo verso lo Stato, può ammettersi come sia d'applicare comulativamente con la vera pena sancita dal codice penale, ma se essa, invece, è una vera pena, difficilmente si comprende, senza una deroga chiara e indubbia, come uno stesso fatto possa punirsi due volte.

La risposta, secondo noi, deve essere affermativa. Questa è vera pena, perchè ogni sanzione applicata dal giudice penale, e che si chiama pena, è una vera pena [3]); è vera pena, perchè la stessa giurisprudenza ha, prevalentemente, ritenuto che possa commutarsi in carcere, in caso d'insolvenza [4]); è vera pena, perchè altrimenti vi sarebbe contraddizione con l'altro assunto della inapplicabilità della

---

nella *Rivista penale*, XXXIII. — MAIETTI, *Il porto d'arma senza licenza è unica contravvenzione al solo codice penale*, nella *Cassazione unica*, IX, 318.—ORDINE, *Il porto d'armi nel codice penale e nella giurisprudenza*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, IV.

[1]) *Se l'art. 78 trovi applicazione in tema del reato di porto d'armi senza licenza*, nel *Monitore dei pretori*, XV.

[2]) *Rivista penale*, XXXI, 460, 572, 576.

[3]) Nello stesso senso, *Rivista penale*, XXXI, 572.

[4]) La convertibilità del quintuplo della tassa in pena restrittiva, e quindi il suo carattere di vera e propria pena, fu ammessa dalla nostra Cassazione: 23 giugno 1892 (*Rivista penale*, XXXVI, 369); 12 aprile 1901 (*Rivista penale*, LIII, 646); 25 aprile 1901 (*Giustizia penale*, VII, 702). Con la sentenza 3 maggio 1901 (*Giustizia penale*, VII, 1453), si decise, anzi, che il quintuplo della tassa debba ridursi tenendo conto della minore età. Precedentemente, però, essa aveva deciso il contrario: 24 febbraio 1890 (*Rivista penale*, XXXI, 572); 10 febbraio 1899 (*Giustizia penale*, V, 441). Per la tesi della commutazione si consulti CLEMENTINI, *Concessioni governative*, n. 29, nel *Digesto italiano*. — MARCHETTI, *Teoria generale delle contravvenzioni*, p. 494 nel *Completo trattato di diritto penale*, pubblicato dal COGLIOLO, vol. II. P. III. Milano 1889 — Per la non commutazione, vedi PICCOLO, *Della commutazione della pena finanziaria per porto d'arma da fuoco senza licenza in arresti sussidiari*, nel *Circolo giuridico*, 1896. — TERRANA, *Il porto d'arma abusivo va punito, ecc..., e le lire settanta, quintuplo della tassa non sono convertibili in pene corporali, nè possono essere surrogate colla riprensione giudiziaria*, nel *Monitore dei pretori*, 1892. — CUBONI, *La multa portata dalla legge sulle concessioni governative per porto d'armi senza licenza non è commutabile in arresti*, nella *Giustizia penale*, IV. — Id. *Ancora della multa comminata dalla legge sulle concessioni governative*, nella *Giustizia penale*, VIII. — VESCOVI, *Se le sanzioni della legge sulle concessioni governative siano di natura penale*, in *Cassazione unica*, VII. — GATTESCHI, *Sulle concessioni governative*, nel *Monitore dei Pretori*, 1891. Confr. LONGHI, nella *Temi*, 1901, 464.

ingiunzione amministrativa per la riscossione delle multe incorse [1]. Nè ci riesce d'intendere l'argomento, che il Crivellari vuol trarre dall'intitolazione della legge [2]. E se la penalità della legge sulle concessioni governative è vera pena, quale ne sarà la conseguenza?

Il Mortara ritiene che, essendovi la violazione di due diverse disposizioni di leggi penali con un unico fatto, si debba ricorrere al criterio della prevalenza, perchè l'art. 2 della legge sulle concessioni governative non costituisce quella chiara ed espressa disposizione contraria, che fa eccezione a quanto dispone l'art. 10 del codice penale, che rende applicabile l'art. 78 [3].

Noi, però, accettiamo, del tutto, le argomentazioni della *Rivista penale*, che ci sembrano esatte, qualunque sia la natura di questa pena controversa. Entriamo, così, nel secondo momento della discussione.

E cominciamo con dire che le parole: « *senza pregiudizio delle penalità portate dal codice penale* » non costituiscono quella deroga, che, nel citato articolo della legge sulle polveri piriche, è data dalla parola: « *indipendentemente* », e, nel citato articolo della legge forestale, è data dalla parola: « *altresì* ». Le parole di questa legge sulle concessioni governative dicono, semplicemente, che essa non rende inefficace il codice penale, quando sia commesso un reato in esso contemplato.

Ben si ricorda come il ministro Magliani, — rispondendo, alla Camera dei deputati e nella tornata del 14 luglio 1880, al deputato Nocito, il quale lamentava che, all'usurpatore dei titoli gentilizi, si sarebbe venuta ad applicare, oltre la pena del codice penale, anche la pena proposta sulle concessioni governative, che, insoluta, avrebbe portato, secondo il codice del 1859, a più anni di carcere —, dicesse che « la tassa è dovuta per la concessione del decreto che riguarda i titoli di nobiltà, di modo che colui, che porta indebitamente un titolo che non gli è stato conceduto, incorre nelle disposizioni del codice penale, *ma non incorre certo nelle disposizioni dell'art. 2 di questa legge:* cosicchè il codice penale ha un subietto molto diverso *da quello che ha l'art. 2* ». Quindi, le sanzioni di questa legge non pregiudicano le sanzioni del codice, quando il fatto costituisce un reato in esso preveduto, e non lo pregiudicano, non nel senso che

---

[1]) Cassazione di Roma, 20 luglio 1881 (*Rivista penale,* XVI, 500). Così il *Monitore dei pretori,* nel citato articolo.

[2]) CRIVELLARI, op. cit. vol. IV, loc. cit.

[3]) MORTARA A., nella citata sentenza del pretore di Casalmaggiore

si debbano applicare le due pene cumulativamente, ma nel senso che, quando vi sia un reato, si applica il codice e non si applica questa legge speciale. « E infatti le sanzioni della legge sono per l'esercizio di atti o diritti, non preceduto dal pagamento della tassa, e non per fatti che sono in contradizione al diritto e alla legge. Soggiace alla penalità della legge il principe, duca o marchese, che del titolo e della prerogativa ad esso inerente si vale senza aver pagato la tassa stabilita nel n.º 8 della tabella; è colpito dall'articolo 186 del codice lo straccione o il cavaliere d'industria che si arroga il titolo nobiliare, e con questo non esercita alcun atto o diritto, ma commette una volgare mistificazione che la legge prevede e reprime come un delitto comune. E così, nel caso nostro, colui che giunga ad ottenere in qualsiasi modo dall'autorità di pubblica sicurezza o dal prefetto il permesso di portar armi .... e del permesso si valesse senza aver previamente pagato la tassa prescritta, cade sotto la punizione del quintuplo di detta tassa; mentre gli sarà applicabile l'art. 464 del codice penale, se abbia portato armi fuori della propria abitazione senza licenza dell'autorità competente, ossia in una condizione di fatto illegittima, illecita di fronte allo stesso codice penale.... I fatti giuridicamente sono due: quello di portare armi senza licenza dell'autorità e quello di usare una licenza senza aver pagato la tassa. Ma, diversamente da ciò che si venne fin qui opinando, sono due fatti che non possono insieme coesistere. O vi è licenza .... e si contravviene alla legge fiscale, per averne usato senza pagare la tassa richiesta; o la licenza non vi è, e allora si contravviene alla legge che non vuole si vada intorno con armi senza il permesso dell'autorità. Perchè in questo secondo caso potesse esservi anche la contravvenzione fiscale, converrebbe che l'erario potesse avere il diritto di riscuotere la tassa anche prescindendo dal rilascio della licenza » [1]).

Contro la soluzione, che noi accettiamo, si obietta che, per l'art. 15 del regolamento sulla legge di pubblica sicurezza, non solo non può aversi la licenza, ma non può nemmeno presentarsi la domanda, se non sia accompagnata dalla quietanza di pagamento.

---

[1]) *Rivista penale,* XXXI, 576. Così, in fondo, ragiona la sentenza citata del 1.º febbraio 1901. « In tema di porto d'arme da fuoco, non si comprende come si possa parlare di debito di tassa. O vi è la licenza che autorizza il porto, e la tassa è stata pagata preventivamente; ovvero il porto è abusivo, e non può esservi debito di tassa, perchè questa presuppone di necessità la concessione del porto d'armi ».

Onde, si conchiude che l'art. 2 della legge sulle concessioni governative punisce, non solo l'esercizio di diritti ottenuti senza il pagamento delle tasse dovute (come nel caso delle concessioni di titoli nobiliari e della licenza per derivazione d'acque), ma anche l'esercizio di atti che presuppongono una preventiva licenza [1]).

Contro la soluzione, che noi accettiamo, si obietta che, in tal modo, si arriva a considerare l'art. 2 della legge sulle concessioni governative come abrogato, per il porto d'armi abusivo. Questo è assurdo, si conchiude, poichè, essendo l'art. 15 del regolamento in vigore una riproduzione dell'art. 30 dell'altro regolamento del 18 maggio 1865, articolo che non fu modificato quando venne modificata la legge di pubblica sicurezza del 20 marzo 1865, è chiaro che, di fronte alla legge sulle concessioni governative, tanto vale questo quanto quel regolamento, e però dovrebbe ritenersi che anche quel regolamento abbia abrogato il tanto discusso art. 2 della legge sulle concessioni governative, onde si arriverebbe ad un regolamento che ha abrogato una legge ad esso posteriore [2]).

A ciò si è risposto che tale disposizione regolamentare non esclude la possibilità che, sia pure una volta sola, si conceda, magari per dimenticanza, la licenza senza che sia stata pagata la tassa; si è risposto che, anche in questo caso ci troviamo di fronte ad un regolamento, che esautora la legge. Aggiungiamo ancora, che tale obiezione sarebbe gravissima se questo art. 2, che esaminiamo, si riferisse soltanto alla licenza di porto d'armi; ma poichè, invece, esso si riferisce a ben cinquantuna concessione, non è strano che con una sanzione unica si sia prevista, d'accanto a tante ipotesi probabili e frequenti, anche una ipotesi improbabile e infrequente.

E, a questo proposito, crediamo opportuno notare che si equivoca, quando l'osservazione — che un regolamento ha esautorato la legge — s'intende come l'affermazione d'una vera abrogazione [3]). No, con tale osservazione, si è voluto dire soltanto, e con ragione, che il regolamento, con cui si richiede il pagamento anticipato, ha stabilito una condizione non richiesta dalla legge; cosa, del resto, utile, perchè tendente a rendere impossibile la contravvenzione.

Contro la soluzione, che noi accettiamo, si obietta, finalmente,

---

[1]) Così la succitata sentenza del 15 dicembre 1893 ed il MARINCOLA, nota nella *Giustizia penale*, VII, 910 e seg. Confr. MORGARA, nota in *Giurisprudenza penale*, XXI, 393.

[2]) MARINCOLA, op. cit., loc. cit.

([3] MARINCOLA, op. cit., loc. cit.

che colui, il quale porta l'arme senza licenza, viola e vuole violare così la legge, che vieta di portar l'arma, come la legge, che impone di pagare la tassa. E sia, ma noi domandiamo: del pregiudicato che non può mai ottenere la licenza di porto d'armi, come mai può dirsi che è punito anche perchè non ha pagato una tassa, che, anche volendo pagare, non poteva pagare?

E, appunto per questo, chi sostiene tale opinione finisce con l'ammettere che la giurisprudenza si debba temperare in modo da escludere la doppia contravvenzione per coloro che non possono ottenere il permesso di porto d'armi [1]). Quindi, praticamente, con questa opinione si migliora la condizione dei malviventi, contro cui ha maggior ragione d'essere il divieto di portar l'arme [2]).

Per ciò, fummo lieti quando la nostra Corte suprema, mutando l'annosa giurisprudenza, ritenne che il porto d'armi abusivo dà luogo ad una sola contravvenzione: a quella del codice penale [3]). Ma la nostra letizia fu, pur troppo, di breve durata! [4]).

Quando, invece, la legge speciale nulla dice circa l'esclusione o l'ammissione di qualcheduno dei reati, da essa previsti, nelle regole del concorso, allora subentrano, appunto, queste regole, e il magistrato giudicherà del caso volta per volta.

E così è possibile che tra una legge e l'altra vi sia un concorso reale, quando l'agente non viola l'una e l'altra con lo stesso fatto, ma le viola con due fatti diversi.

Di conseguenza, si è sempre ritenuto che il porto d'armi senza licenza e la caccia in tempo vietato siano due distinti reati, perchè si commette il primo anche senza andare a caccia, e si commette il secondo anche quando si abbia la licenza di porto d'armi [5]). Similmente, si è deciso che colui che guasta dolosamente opere legittimamente fatte da altri in acque e fa in acque delle opere arbitrarie, contravvenendo alla legge sui lavori pubblici, risponde del danneg-

---

[1]) MARINCOLA, op. cit., loc. cit.

[2]) Si noti, intanto, che, senza dubbio, il porto d'armi, per le quali non può concedersi licenza, è colpito da una sola contravvenzione.

[3]) Cassazione penale, 1.° febbraio 1901 (*Giustizia penale*, VII, 910).

[4]) Dopo quattro mesi, si ritornò all'antica giurisprudenza: 23 maggio 1901 (*Cassazione unica*, XII, 1088); 13 dicembre 1901 *Cassazione unica*, XIII, 288), 29 gennaio 1902 (*Dizionario penale*, III, 51).

[5]) Cassazione di Roma, 7 gennaio 1885 (*Foro italiano*, 1885, II, 326); 26 marzo 1886 (*Foro italiano*, 1886, II, 289) e 17 dicembre 1886 (*Foro italiano*, 1887, II, 153). Così anche la Cassazione di Torino, 27 marzo 1879 (*Monitore dei tribunali*, 1879, 410) e 31 gennaio 1883 (*Giurisprudenza penale*, 1883, 112).

giamento e della contravvenzione, poichè i due fatti sono distinti [1]: che l'eccitamento alla prostituzione e la trasgressione alle analoghe disposizioni della legge di pubblica sicurezza concorrono realmente, poichè l'uno è mezzo all'altra [2]; che colui il quale emette un assegno bancario senza data e in contravvenzione al bollo commette i due reati dell'art. 344 del codice di commercio e dell'art. 53 n. 2 della legge sul bollo,perchè si tratta di due fatti distinti, benchè commessi sullo stesso documento [3].

Nello stesso modo, è ben possibile che tra la legge speciale e la legge generale vi sia un concorso formale, allorchè l'una e l'altra guardino due aspetti di uno stesso fatto.

Di conseguenza, si è deciso che la vendita di un prodotto di privativa, diverso da quello genuino e controsegnato dai falsi distintivi del produttore esercente la privativa, viola tanto la disposizione dell'art. 12 della legge sulla proprietà industriale, quanto l'art. 297 del codice penale, e, come fatto unico, è punibile secondo quest'ultimo articolo, che commina la pena più grave [4].

Si è deciso che chi vende carni pericolose alla salute risponde del solo reato previsto dall'art. 320 del codice penale e non anche del reato previsto dall'art. 42 della legge sanitaria del 22 dicembre 1888 [5].

---

[1]) Cassazione penale, 18 luglio 1893 (*Rivista penale*, XXXVIII, 292).

[2]) Cassazione penale, 14 dicembre 1895 (*Giustizia penale*, II, 53).

[3]) Cassazione penale, 4 dicembre 1895 (*Giustizia penale*, II, 93).

[4]) Cassazione penale, 18 marzo 1899 (*Cassazione unica*, X, 971).

[5]) Cassazione unica, 8 luglio 1897 (*Giustizia penale*, III, 1011). A questo proposito, è istruttivo il seguire le incertezze, i dubbi, le contraddizioni, le tergiversazioni del nostro Magistrato supremo. Esso ha deciso che la prima parte dell'art. 42 della legge sanitaria non fu abrogato dagli art. 319, 320 e 323 del codice penale, poichè questi contemplano delitti e quello contempla contravvenzioni, 17 febbraio 1893 (*Cassazione unica*, IV, 442), 5 gennaio 1893 (*Foro italiano*, 1893, II, 137), 21 gennaio 1895 (*Rivista penale*, XLI, 549), e ha deciso, anche, che fu da essi abrogato, 23 maggio 1892 (*Cassazione unica*, III, 894), e che, invece, contempla delitti e non contravvenzioni, 12 novembre 1890 (*Foro italiano*, 1891, II, 176). Ha, poi, deciso che la differenza tra l'art. 320 del cod. pen. e l'art. 42 della legge sanitaria deriva dall'essere da quello colpito chiunque pone in vendita, mentre questo colpisce soltanto chi ritiene per vendere, 12 marzo 1895 (*Rivista penale*, XLI, 493). E ha, del pari, deciso che la differenza tra le disposizioni del codice penale e la disposizione della legge sanitaria deriva, al contrario, dal dolo, che è previsto in quelle e non in questa: 27 giugno 1890 (*Monitore dei tribunali*, 1890, 1047); 12 luglio 1892 (*Cassazione unica*, III, 1101); 12 giugno 1895 (*Cassazione unica*, VI, 1138); 3 febbraio 1896 (*Rivista penale*, XLIII, 352). Ha, poi, deciso che la differenza fra tali disposizioni non può consistere nel dolo, poichè il codice penale prevede anche la vendita colposa, 23 maggio 1892 (*Cassazione unica*, III, 894). Ha, poi, deciso che la differenza tra il reato previsto

Una questione non lieve si agita a proposito degli ammoniti e dei vigilati, i quali, commettendo un reato, contravvengono ad uno dei precetti che sono loro imposti, e, per lo meno, di necessità al precetto generico di tener buona condotta e di non dar luogo a sospetti (art. 104 e 118 n. 8 della legge di pubblica sicurezza). Si domanda: vi sarà, in questo caso, un concorso reale tra la trasgressione al precetto ed il reato commesso, e si infliggeranno di conseguenza due pene; ovvero vi sarà un concorso ideale, e si applicherà soltanto la pena del reato commesso?

Sotto l'impero della passata legislazione, fu deciso che vi siano due reati [1]), e sotto l'impero della legislazione vigente, fu analogamente deciso che l'ammonito, il quale produca delle lesioni, contravviene con ciò all'ammonizione, indipendentemente dalla responsabilità per le lesioni [2]).

Ma questa soluzione, così generale, ha avuto qualche avversario [3]), e, secondo noi, non a torto.

Questa soluzione non può accettarsi, quando l'inosservanza al precetto coincida e si esaurisca con il fatto, che costituisce il reato, e non può accettarsi, perchè la contravvenzione all'ammonizione o alla vigilanza speciale trova la sua ragione di essere nella necessità di colpire, per via di sospetti, individui pregiudicati, contro dei quali mancano le prove per punirli come rei di determinati reati. Onde, quando questi determinati reati siano provati, il punire anche per sospetti sarebbe un punire lo stesso fatto due volte. Questa soluzione non può accettarsi, perchè non è possibile commettere un reato, senza contravvenire anche al precetto con cui si impone la

---

dal codice penale e il reato previsto dalla legge sanitaria consiste in questo: il reato, previsto dal codice penale, contempla le sostanze nocive per loro natura, mentre il reato, previsto dalla legge sanitaria, contempla le sostanze, che diventano nocive soltanto quando siano guaste o adulterate: 9 marzo 1892 (*Foro italiano*, 1892, II, 321). Chi voglia saperne di più legga i lavori del LONGHI (*Se la prima parte dell'art. 42 della legge sanitaria sia stata abrogata dagli articoli 319, 320 e 323 del cod. pen.*, nel *Foro penale*, 1892), del DE LUCA (*La legge sanitaria e il codice penale italiano*, nella *Rivista penale*, XXXVII), del BARSANTI (*La rendita di sostanze alimentari dannose o non genuine*. Macerata 1894).

[1]) Cassazione di Firenze, 1.° marzo 1879 (*Rivista penale*, X, 220), 13 luglio 1887 (*Monitore dei tribunali*, 1887, 194). In senso contrario: Corte d'appello di Trani, 12 gennaio 1887 (*Monitore dei tribunali*, 1887, 635) e Corte d'appello di Venezia, 22 luglio 1887 (*Monitore dei tribunali*, 1887, 1002).

[2]) Cassazione penale, 27 giugno 1900 (*Rivista penale*, LII, 540).

[3]) *Il Foro italiano*, 1879, II, 242 in nota alla citata sentenza della Cassazione di Firenze, in data del 1.° marzo 1879. — CARONCINI, nella *Legge* 1885, I, 430. — MAJNO, op. cit., vol. I, n. 402, 403. — CASTORI, op. cit. n. 56.

buona condotta. Onde i due fatti sono indivisibili, e il volerli entrambi punire sarebbe, in fondo, punire due volte lo stesso fatto.

Osserva il Maino, e noi siamo della stessa opinione, chè, altrimenti, bisognerebbe ritenere reo di possesso ingiustificato di valori (art. 492 cod. pen.) anche il pregiudicato che sia trovato in possesso di oggetti non confacenti alla sua posizione e da lui rubati. Ciò sarebbe assurdo, perchè l'art. 492, punendo per il sospetto d'un delitto non determinato, non può trovare applicazione quando vi sia invece la prova d'un delitto determinato: il furto [1]).

Però, contrariamente a lui, crediamo che quando il reato, commesso dall'ammonito o dal vigilato, sia di quelli per la cui persecuzione occorre la querela, la mancanza di essa non debba impedire che si proceda per trasgressione all'ammonizione o alla vigilanza speciale. Questa soluzione deriva da quanto siamo venuti dicendo. E così ha ritenuto la giurisprudenza [2]).

Crediamo ancora — contrariamente a quel che decise la Cassazione di Torino [3]) — che il pregiudicato, il quale venga arrestato mentre sta per rubare e sia trovato in possesso delle chiavi false, non debba insieme rispondere di furto tentato e del possesso delle chiavi false, previsto dall'art. 448 del codice sardo e dall'art. 492 del codice attuale; e crediamo così, perchè, dopo averlo ritenuto reo di furto tentato mediante chiave falsa (e quella chiave non è buona per rubare altrove), ogni altra pena sarebbe un *bis in idem.*

Al contrario, crediamo che concorra la trasgressione all'ammonizione o alla vigilanza con il reato specialmente commesso, quando quella non coincida e non si esaurisca con questo. In vero, sarebbe strano pensare che il sospetto cessasse, sol perchè poco prima, o poco dopo, si è commesso un reato. Onde, ben si decise che se è vero che l'ammonito, il quale commette un furto, non può essere per questo solo fatto condannato per furto e per contravvenzione all'ammonizione, ma deve subire soltanto la pena del reato più grave, è anche vero che commette contravvenzione se, dopo aver commesso il furto, torna a casa più tardi dell'ora prescritta [4]).

---

[1]) MAJNO, op. cit., vol. I, loc. cit.

[2]) Cassazione di Roma, 12 luglio 1880 (*Legge*, 1881, I, 103), Cassazione di Torino, 18 gennaio 1883 (*Monitore dei tribunali*, 1883, 477). In senso contrario, MAJNO, op. cit., vol. I, loc. cit. Nel senso da noi sostenuto si decise sotto l'impero del codice vigente: Cassazione penale, 6 novembre 1890 (*Foro italiano*, XVI, II, 207).

[3]) Cassazione di Torino, 16 aprile 1884 (*Monitore dei tribunali*, 1884, 494). Nel senso da noi sostenuto, MAJNO, op. cit., vol. I, n. 403.

[4]) Cassazione penale, 8 luglio 1897 (*Giustizia penale*, III, 1011).

Quindi direi, a guisa di conclusione, che, con lo speciale reato commesso dall'ammonito o dal vigilato, non può mai concorrere realmente una contravvenzione, dedotta dal reato stesso, ma può ben concorrere una contravvenzione, che abbia assunto una propria personalità.

56. Un sesto ed ultimo limite nasce dalla diversa indole del delitto e della contravvenzione.

In quel che abbiamo detto, si è presupposto risoluta affermativamente la possibilità giuridica e naturale del concorso reale o ideale tra il delitto e la contravvenzione. Ed è forse possibile sospettare il contrario?

Non è possibile, nel campo teorico, pensare che le regole del concorso possano non applicarsi alle contravvenzioni, possano non applicarsi all'incontro di contravvenzioni e delitti, poichè la contravvenzione, quantunque abbia un'indole diversa dall'indole del delitto, è sempre un reato.

Non è possibile, di fronte al nostro codice, pensare in modo diverso, poichè la nozione dell'art. 78 è così generica da non ammettere alcuna differenza.

Può esservi, quindi, un concorso reale di contravvenzioni.

Si è deciso che risponda di due contravvenzioni colui che porta due armi diverse [1]) e che il proprietario d'un esercizio, il quale apre oltre l'ora indicata nella concessione, e senza lume, risponde della contravvenzione all'art. 56 della legge e della contravvenzione all'art. 54 del regolamento di pubblica sicurezza [2]).

Può esservi un concorso reale tra delitti e contravvenzioni.

E così si è deciso che la contravvenzione di porto d'arme concorra realmente con l'omicidio, perchè il portare l'arme e l'uccidere sono due fatti distinti [3]).

Lo stesso si dica per il concorso di porto d'arme e di lesione aggravata per l'arme [4]), e per il concorso di porto d'arme e di minacce aggravate per l'arme [5]). In queste ipotesi, si dubitò della bontà della soluzione, appunto perchè l'arme aggrava il delitto, ma giustamente venne osservato che il porto dall'arme è un fatto anteriore al fatto della lesione e della minaccia.

---

[1]) Cassazione penale, 13 ottobre 1897 (*Dizionario penale*, I, 14).

[2]) Cassazione penale, 30 ottobre 1899 (*Giustizia penale*, VI, 156).

[3]) Cassazione penale, 14 maggio 1890 (*Monitore dei tribunali*, 1890, 662); 10 settembre 1900 (*Rivista penale*, LIII, 577).

[4]) Cassazione penale, 24 aprile 1895 (*Giustizia penale*, I, 621).

[5]) Cassazione penale, 5 febbraio 1895 (*Giustizia penale*, I, 316).

Su di questo concorso reale torneremo più in là, qui ci basti dire quello che si è detto per mostrare la sua differenza con il concorso formale.

Può anche esservi un concorso formale tra contravvenzioni.

Chi, di notte, emette grida sediziose, è, evidentemente, autore di un concorso formale, poichè con un fatto unico viola norme tutelate da due diverse disposizioni di legge [1]).

Il Marchetti [2]), seguendo il Fiani [3]), sostiene che vi sia un reato solo, quando una contravvenzione sia mezzo all'altra, come nel caso di colui che, conducendo un cavallo a corsa sfrenata, oltrepassi la cinta daziaria. Qui, egli dice, le contravvenzioni vengono unificate, perchè l'una è scopo all'altra e perchè derivano da un sol fatto.

Anche noi pensiamo, col Lanza, che il nesso di mezzo a fine non possa unificare le contravvenzioni, come non unifica i delitti, e, anzi, siamo sorpresi come si sia potuto dubitare di ciò, di fronte al generico art. 77; ma rifiutiamo quel che egli sostiene, quando dice che, in questo esempio, la contravvenzione sia unica, poichè il fatto di correre all'impazzata è unico, anche quando si traversi la cinta daziaria [4]). E noi rifiutiamo questa soluzione, perchè ci pare necessario procedere per successive distinzioni.

Di conseguenza, una delle due: o l'agente volle violare la cinta daziaria, e si serviva della corsa sfrenata come mezzo, ed allora egli, — poichè si può oltrepassare la cinta daziaria anche senza correre — commette due fatti e quindi due contravvenzioni, ovvero l'agente non aveva questo fine specifico, e allora egli è autore d'un fatto unico, che viola norme tutelate da due diverse disposizioni di legge, e quindi si avrà un concorso formale.

Non possiamo perciò lodare la sentenza con cui si decise che il lasciare, di notte, un carro sul marciapiedi costituisca due contravvenzioni: quella dipendente dalla trasgressione al divieto municipale e quella prevista dall'art. 483 del codice penale [5]).

Può esservi un concorso formale tra delitto e contravvenzione, o meglio tra la disposizione che prevede l'uno e la disposizione che prevede l'altra.

Questo concorso si verifica tra il delitto doloso e la contravven-

---

[1]) Corte d'appello di Torino, 31 marzo 1894 (*Rivista penale*, XL, 583).

[2]) MARCHETTI, op. cit. pag. 113.

[3]) FIANI, *Della polizia considerata come mezzo di preventiva difesa*, § 247. Firenze 1853-56.

[4]) LANZA, op. cit., loc. cit.

[5]) Cassazione penale, 6 giugno 1898 (*Giustizia penale*, IV, 783).

zione, quando, ad esempio, si commetta uno sparo d'arme in rissa in mezzo alla via (art. 380, 467), poichè l'art. 380 non prevede la sola rissa, che avvenga in mezzo alla via, nè, molto meno, la sola rissa, che avvenga entro una stanza.

Questo concorso si verifica tra il delitto colposo e la contravvenzione, quando lo stesso fatto imprudente costituisca, insieme, il pericolo che dà vita a questa, ed il danno che dà vita a quello.

Così, nell'esempio del Lanza, chi mette un vaso di fiori alla finestra, senza garantirlo con i necessari ripari, commette una contravvenzione, poichè quel vaso è un pericolo per tutti quelli che passano; ma se quel vaso cade ed uccide, chi lo ha messo a quel posto e in quel modo sarà reo d'un omicidio colposo, poichè la morte è dovuta alla sua imprudenza, e non può dirsi che sia reo anche della contravvenzione [1]). Ed egli giustamente osserva che, in questa ipotesi, non solo si ha un fatto unico e quindi un concorso formale, ma forse si può riscontrare un vero assorbimento della contravvenzione nel delitto, per gli stretti rapporti che passano tra l'obiettività giuridica dell'una e quella dell'altro. L'assunto ci sembra esatto, non perchè il verificarsi del danno trasformi sempre la contravvenzione in delitto [2]), ma perchè la cautela, violata dalla contravvenzione, sta soltanto a difesa del diritto, violato dal delitto.

Ed è facile rispondere al Magnaghi, il quale crede che questa affermazione sia in contraddizione con tutti i principii scientifici consacrati nel Codice, e crede che, in questa ipotesi, s'incontrino due reati distinti: la contravvenzione ed il delitto colposo [3]). Ed è facile rispondere, sol che si pensi alla natura della contravvenzione.

Il fatto, che costituisce la contravvenzione, benchè per sè stesso sia indifferente ed innocuo (e qui non occorre dire se sia giusto comprendere tra le contravvenzioni dei fatti dannosi), tuttavia viene dal legislatore elevato a reato, sol perchè esso può causare un danno. Dice, infatti, l'art. 476 che si ha la contravvenzione, quando le cose si collocano in modo che, « *cadendo, possano offendere o imbrattare le persone* ». Finchè il danno non si è prodotto, ossia finchè il danno è potenziale, non si esce dai confini della contravvenzione. Lo stesso si dica per il getto pericoloso di cose (art. 475).

Ma se il danno si è prodotto, ossia se il danno è reale, sorge il

---

[1]) LANZA, op. cit., loc. cit. Nello stesso senso, GUIDI *Del getto e del collocamento pericoloso di cose*, nel *Supplemento alla Rivista penale* VII, e la Cassazione, 13 agosto 1895 (*Rivista penale* XLII, 419).

[2]) Confr. verbali della Commissione, verbale n. XLII.

[3]) MAGNAGHI, *Nozione e teoria del dolo*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, II.

delitto colposo, e in esso si compenetra la contravvenzione, perchè l'elemento soggettivo dell'uno e dell'altra è unico, il volere contro ogni cautela mettere il vaso alla finestra, come unico ne è l'elemento materiale, il mettere, contro ogni cautela, il vaso alla finestra. Stando così le cose, per imputare insieme la contravvenzione ed il delitto colposo, bisognerebbe scorgere, in una sola imprudenza, due fatti — il porre il vaso e il cadere del vaso — ugualmente imputabili, ciò che è impossibile [1]). Si ha qui, invece, un reato *progressivo*.

Non si dica che la contravvenzione e il delitto colposo si ravvisano come due individualità distinte nella coscienza del colpevole, perchè rispondiamo che l'una e l'altro non si ravvisano che come una imprudenza sola e indivisibile. Non si dica che l'obiettività della contravvenzione è l'incolumità pubblica e che l'obiettività dell'omicidio colposo è, invece, la morte d'un uomo, poichè, rispondiamo con il Lanza, l'obiettività dell'una è dell'altro è sempre la incolumità, mentre l'incolumità pubblica si riduce al danno dei singoli cittadini, poichè non è possibile che un vaso, cadendo, possa uccidere un'intera cittadinanza [2]). Quindi, la lesione giuridica effettiva corrisponde perfettamente alla lesione potenziale che si temeva.

Quando, invece, la contravvenzione abbia una obiettività diversa e più ampia dell'obiettività del delitto, quando cioè il male temuto abbia una obiettività diversa e più ampia del male che si è prodotto, allora non può dirsi che quella si tramuti in questo, ma sorge il concorso, che sarà ideale o reale, secondo i casi [3]). Così se colui, che porta un'arme senza licenza, dà luogo ad una lesione o ad un omicidio colposo, la contravvenzione non si assorbe nel delitto, poichè l'obiettivo del divieto di portare le armi non è, soltanto, quello di evitare le lesioni o gli omicidi colposi, ma si avrà un concorso ed un concorso reale, perchè il portare l'arme è, come dicemmo, un fatto

---

[1]) Il Trozzi (*La costituzione di parte civile nei processi penali per contravvenzione*, nella *Giustizia penale*, VIII), per dimostrare la coesistenza dei due reati, è costretto a sostenere il concorrere di due fatti, « perchè i due momenti, egli dice, pur si differenziano ontologicamente, essendo il fatto del porre l'oggetto distinto da quello del cadere, il quale comincia nel punto in cui l'oggetto ivi posto venne lasciato in maniera da cadere..... ». Ma, per sostenere questa tesi, bisognerebbe dimostrare che l'imprudenza, che dà luogo al delitto colposo, nasca, e sia quindi imputabile, non nel momento, in cui senza cautela si colloca e si lascia l'oggetto, ma nel momento in cui esso cade.

[2]) Lanza, op. cit., loc. cit.

[3]) Perciò, troppo generica era la formola della sentenza del 2 marzo 1896, *Rivista penale*, XLIII, 565), con cui si decideva che un reato possa, secondo le circostanze, essere contravvenzione o delitto.

diverso ed anteriore al fatto imprudente per cui si è prodotta la lesione o la morte [1]).

Si dirà, forse, che, anche nel getto e nel collocamento pericoloso di cose, la contravvenzione ha una obiettività più ampia della obiettività del delitto, perchè le contravvenzioni previste negli art. 475 e 476 tendono ad impedire non solo che le persone siano offese, ma anche che vengano imbrattate? Noi rispondiamo che l'oggetto gittato o collocato senza cautela non può cadere che una sola volta, e, una volta caduto (nè si sofistichi!), si esaurisce tutta la sua potenzialità nociva. Invece, l'arme, portata da chi dovrebbe non portarla, o l'arme che non si può portare, può in cento volte e in cento modi diversi riuscire dannosa.

Nè basta. Guardando più intimamente le varie obiettività, notiamo, infatti, che il getto o il collocamento imprudente di oggetti è, esso stesso, elemento costitutivo del delitto colposo, mentre il portare l'arme vietata, o il portare un'arme senza permesso, non è elemento costitutivo di alcun reato.

Viceversa, pur essendo identica l'obiettività, vi sarebbe concorso reale tra contravvenzione e delitto colposo, quando a questo si desse vita con una nuova imprudenza, indipendente e posteriore al fatto che dà luogo alla contravvenzione, ossia quando il fatto dell'una fosse diverso dal fatto dell'altro. Così, nell'esempio su citato, se colui, che senza cautela lascia un vaso di fiori alla finestra, fa cadere quel vaso con una nuova imprudenza, e quel vaso uccide chi passa, non può pensarsi che la contravvenzione sia assorbita nel delitto, poichè questo ha vita per un nuovo fatto dell'agente, per un nuovo fatto il quale ha un elemento soggettivo e un elemento oggettivo indipendenti e diversi dall'elemento soggettivo e dall'elemento oggettivo della contravvenzione [2]).

---

[1]) Nello stesso senso, LANZA, op. cit., loc. cit.

[2]) La nostra Cassazione ha ritenuto che vi sia concorso reale tra contravvenzione all'art. 30 della legge sanitaria e delitto colposo (art. 375), quando si sian poste in vendita sostanze venefiche e, per averle vendute, si è prodotta per colpa una lesione personale. Cassazione penale, 10 aprile 1891 (*Foro italiano*, XVI, II, 305); 18 aprile 1891 (*Corte suprema*, XVI, 316). Crediamo anche noi, col LANZA (op. cit. loc. cit.), che non si verificherebbe alcun concorso quando chi vendesse la sostanza venefica avesse il diritto di venderla (quando chi la vende fosse, ad esempio, un farmacista), perchè, in tal caso, il concorso sarebbe non tra il vendere ciò che non si può vendere e la lesione colposa, ma tra il vendere senza cautela ciò che, con cautela, si può vendere (art. 32) e la lesione colposa, e, quindi, si avrebbe un unico obiettivo e un unico fatto, onde, come si è detto, si assorbirebbe la contravvenzione nel delitto. Si è anche deciso che vi sia concorso

Finalmente, la Corte di cassazione ha dovuto decidere, — benchè, evidentemente, non se ne sarebbe dovuto sentire il bisogno —, che, quando il delitto colposo, il quale avrebbe dovuto o potuto assorbire la contravvenzione, non esiste, o perchè manca la prova o perchè mancano gli estremi del reato, la contravvenzione sussiste [1]).

È chiaro che la differenza tra il concorso formale e l'assorbimento della contravvenzione nel delitto ha importanza di fronte alla scienza e con quei Codici che, nel determinare la pena di questo concorso, tengon conto anche delle lesioni minori. Non ne ha, invece, con il Codice nostro.

57. Quando, con una sola azione, si commetta un sol reato che violi due norme giuridiche, e quindi due diverse disposizioni di legge, le regole comuni della partecipazione criminosa non cessano dall'avere il loro imperio.

Esse, di conseguenza, si applicano sia per determinare la parte presa da ciascheduno dei partecipi, sia per determinare la così detta comunicabilità delle così dette circostanze personali e delle così dette circostanze materiali.

Nè le regole della partecipazione criminosa si debbono obliare quando, invece, con una sola azione, si commettano due reati diversi.

Per regola generale, si risponde del solo reato intorno a cui sia intervenuto l'accordo. Ma, evidentemente si risponde anche dell'altro reato, quando uno dei partecipi sappia che l'altro partecipe, con una sola azione, due diversi reati vuole commettere e due ne commette.

Così, ad esempio, sarà reo di due omicidi, colui che, volendo la morte d'una persona, acconsente all'uso d'un mezzo che, per volontà di colui che l'adopera, deve ucciderne due. Sarà reo di due calunnie,

---

reale tra le due contravvenzioni degli articoli 50, 55 e 42 della Legge sanitaria e un delitto colposo (art. 371), quando non si denunzia la morte d'un animale avvenuta per malattia infettiva, se ne vendono le carni al beccaio, e, per averle vendute, si produce, per colpa, un omicidio. Cassazione penale, 2 marzo 1895 (*Giustizia penale*, I, 423). Ed è giusto, perchè la vendita delle carni infette è vietata, non soltanto perchè esse posson produrre la lesione o la morte, ma anche per altre ragioni, quali il loro scarso valore nutritivo e la possibile propagazione d'una infezione nel bestiame e tra gli uomini. Altrimenti avverrebbe se le carni infette non si esponessero in vendita, ma si dessero a mangiare, producendo lesioni colpose. Si è anche deciso che vi sia concorso ideale tra la contravvenzione dell'art. 25 della legge di pubblica sicurezza e il delitto d'incendio colposo (art. 311 del codice penale), quando, con un medesimo fatto, si dà fuoco alle stoppie senza le dovute cautele e da quel fuoco derivi l'incendio. Cassazione penale, 5 dicembre 1891 (*Foro italiano*, XVII, II, 77). Qui ritorna l'unica obiettività.

[1]) Cassazione penale, 4 gennaio 1893 (*Temi veneta*, XVIII, 347).

colui, che, volendo calunniare il suo nemico, scrive la falsa denunzia su di un foglio, e lui lo sa, sul quale è calunniato anche un altro [1]).

V.

58. Cominciamo ora a studiare vari problemi, relativi alla produzione di più lesioni giuridiche con un'azione sola.

Anche nel precedente paragrafo abbiamo risolta una serie di problemi; ma, mentre quelli costituiscono come i limiti della nozione che è obietto delle nostre ricerche, questi ne sono invece le conseguenze e le applicazioni.

Il primo problema è relativo alla « *aberratio ictus* » [2]).

Taluni criminalisti pensano che essa dia luogo a due reati diversi: ad un tentativo (per quel che si voleva fare) e ad un reato colposo (per quel che si è fatto): reati diversi, che, poi, sarebbero soggetti alle regole del concorso formale; anzi, in qualche caso, si ammette perfino che la morte non sia nemmeno imputabile a colpa, ma sia, a dirittura, un fortuito.

Tale opinione è seguìta, tra gli altri, dallo Zachariae [3]), dal Berner [4]), dallo Schwarze [5]), dallo Schütze [6]), dall'Oppenhoff [7]), dall'Olshausen [8]), da H. Meyer [9]), dal von Bar [10]), dal Geyer [11]), dallo Herbst [12]), dallo Hye [13]), dal Janka [14]), dallo Habermaas [15]), dal Nypels [16]), dallo Haus [17]), dal Brusa [18]).

---

[1]) Su di questo argomento, si consulti, anche, HÖPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, I pag. 184 e seg. Berlin 1901 e BIRKMEYER, *Die Lehre von der Theilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts*, pag. 180 e seg. Berlin 1890.

[2]) Su di questo problema, vedi ALIMENA, op. cit., vol. II, p. IV, cap. VII.

[3]) ZACHARIAE, *Lehre von Versuche der Verbrechen*, I, 272. Göttingen 1836.

[4]) BERNER, op. cit., § 64.

[5]) SCHWARZE, op. cit., Excurs, § X.

[6]) SCHÜTZE, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 131. Leipzig 1877.

[7]) OPPENHOFF, op. cit., pag. 468, n. 10.

[8]) OLSHAUSEN, op. cit., I, pag. 271, n. 27

[9]) H. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, pag. 167. Erlangen 1888.

[10]) VON BAR, *Lehre von Causalzusammenhang im Rechte, besonderlich in Strafrechte*, § 9. Leipzig 1871.

[11]) GEYER, *Erörterungen: Ueber den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen*, pagina 42. Innsbruck 1862.

[12]) HERBST, op. cit., I, 68.

[13]) HYE, op. cit., I, 317.

[14]) JANKA, op. cit., pag. 111.

[15]) HABERMAAS, op. cit., § 5.

[16]) NYPELS, op. cit., II, pag. 256. Egli, anzi, ravvisa, in questo caso, un concorso ideale tra un omicidio tentato e un omicidio volontario consumato.

[17]) HAUS, op. cit. I, n. 314.

[18]) BRUSA, op cit. § 116.

Invece, l'opinione che si tratti di un unico reato doloso è seguita da altri, e ricordo il Wäch ter [1]), il von Buri [2]), il Köstlin [3]), il Walter [4]), il Liszt [5]), e dalla gran maggioranza dei criminalisti non tedeschi, e ricordo il Garraud [6]) il Nicolini [7]), il Pessina [8]), il Carrara [9]).

Quest'opinione è accettata dalla giurisprudenza francese [10]) e dalla giurisprudenza austriaca e dall'ungherese [11]).

La giurisprudenza germanica, invece, segue l'altra soluzione [12]).

Anche noi crediamo che si incontri un solo delitto: un delitto doloso [13]).

La ragione è evidente. Difatti, come dice il Pessina, l'omicidio consumato per « *aberratio ictus* » non può dirsi « l'effetto non voluto di un fatto lecito; esso è l'effetto di conato criminoso, essendo appunto l'effetto di un colpo vibrato con animo di uccidere qualcuno » [14]).

E, invero, obietto dell'omicidio o della lesione è l'uomo, non Tizio o Caio. Se, dunque, si voleva uccidere o ferire un uomo e un uomo è stato ucciso o ferito, ciò che è essenziale all'omicidio o alla lesione rimane; e l'esser morto o ferito Tizio, invece di Caio è un errore puramente accidentale, che nulla toglie, perchè nulla può togliere, a ciò che all'omicidio o alla lesione è essenziale.

---

[1]) WAECHTER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, II, pag. 128 e seg. Leipzig 1881.

[2]) VON BURI, *Ueber Kausalität, und deren Verantwortung*, pag. 83. Lepzig 1873.

[3]) KÖSTLIN, *System des Strafrechts*, pag. 198. Tübingen 1855.

[4]) WALTER, *Weiterer Beitrag zur Erledigung der Streitfrage über dem Aberrationsfälle und dem dolus generalis*, nella *Münchner Kritische Vierteljahresschrift*, VI.

[5]) VON LISZT, op. cit., § 40.

[6]) GARRAUD, op. cit., IV, n. 227.

[7]) NICOLINI, *Del tentativo*. Appendice: *Colpo volontario che, uscito ad omicidio tentato nella persona contro cui fu diretto, uccide un altro non preso di mira*. Napoli 1844.

[8]) PESSINA, op. cit., II, pag. 10.

[9]) CARRARA, *Programma*, § 262.

[10]) Cassazione francese, 8 dicembre 1853 (*Journal du Palais*, 1056, 54); 12 giugno 1879 (*Journal du Palais*, 1881, 420).

[11]) In Austria, fu così deciso dalla Cassazione, 18 ottobre 1885 (*Rivista penale*, XXIII, 576, con una nota assai importante). Così anche la Corte suprema ungherese, 8 giugno 1886 (*Rivista penale*, XXV, 372).

[12]) Tribunale supremo germanico, 28 settembre 1880, 14 febbraio 1881 (*Entscheidungen des Reichsgericht in Strafsachen*. II, 335, III, 384).

[13]) Per la bibliografia, relativa alle due diverse opinioni, si consultino STOCKAR, *Die Lehre von der Aberration*. Berlin 1864. — PASSERINI, *Deoccidente unum pro alio*. Parmae 1693. — PFOTENAUER, *Dissertatio de delicto per errorem in persona commisso*. Halae 1828. — HAELSCHNER, op. cit., I, § 121.

[14]) PESSINA, op. cit., II, pag. 10.

Diversamente avverrebbe se, volendo uccidere il padre, si uccida l'estraneo, o se, volendo uccidere l'estraneo, si uccida il padre, poichè è ovvio che, mentre dell'omicidio è obietto l'uomo, dell'omicidio del padre è invece obietto il padre. Di conseguenza, se invece dell'uno si uccide l'altro, muta l'obietto dello speciale delitto che il colpevole voleva commettere, e sorge un altro obietto che, in una ipotesi, è minore (onde non si può, senza rinnegare tutto il Diritto penale, far rispondere il colpevole *ultra eventum*) e che, in un'altra, è maggiore, onde il colpevole non può rispondere *ultra intentum.*

E questa teoria è chiaramente accolta da molti Codici, i quali, in tema d'omicidio volontario, dicono che il dolo resta quando anche si sia uccisa una persona diversa da quella designata. Così fanno i Codici del Belgio (art. 392), del Lussemburgo (art. 392), di Ginevra (art. 249), dell'Austria (§ 134), della Russia (c. 1456), di Malta (art. 206) e, fuori d'Europa, il Codice dell'Uruguay (art. 332) e il Codice del Giappone (art. 333).

Così disponeva il Codice sardo-napoletano (art. 535) [1]) e così decideva la giurisprudenza toscana [2]).

Il Codice vigente — al pari del Codice portoghese (art. 29 n. 3 § 2) — prevede, in generale, ogni specie d'errore nella persona o nella cosa contro cui si rivolge il maleficio.

Così nell'art. 52 troviamo scritto: « *Quando alcuno, per errore o per altro accidente, commette un delitto in pregiudizio di persona diversa da quella contro la quale aveva diretta la propria azione, non sono poste a carico di lui le circostanze aggravanti che derivano dalla qualità dell'offeso o danneggiato, e gli sono valutate le circostanze che avrebbero diminuita la pena per il delitto, se l'avesse commesso in pregiudizio della persona contro la quale la sua azione era diretta* ».

Disposizioni, in qualche modo simili, si trovano anche nei Codici dei Grigioni (§ 21), di Berna (art. 28), di Friburgo (§ 33);

---

[1]) Così decise la Cassazione di Napoli, 20 luglio 1870 (*Annali della giurisprudenza italiana,* 1870, I, 369); 2 settembre 1881 (*Giurisprudenza penale,* 1881, 344); 11 febbraio 1884 (*Rivista penale,* XIX, 546); 23 novembre 1885 (*Monitore dei tribunali,* 1886, 194); 18 settembre 1886 (*Rivista penale,* XXIV, 439); 7 gennaio 1887 (*Rivista penale,* XXIV, 145); 27 luglio 1887 (*Rivista penale,* XXVI, 352). Così decise la Cassazione di Palermo, 6 novembre 1882 (*Rivista penale,* XVIII, 103); 12 marzo 1883 (*Rivista penale,* XVIII, 325); 31 dicembre 1883 (*Rivista penale,* XIX, 242).

[2]) Cassazione di Firenze, 9 aprile 1870 (*Annali della giurisprudenza italiana,* 1870, I, 189); 23 luglio 1881 (*Ibidem,* 1881, I, 108).

mentre i Codici germanico (§ 59), greco (art. 93), di Soletta (§ 41) si limitano a dichiarare non imputabile l'errore di fatto.

Con l'art. 52 del nostro Codice, dunque, è certo che l' « *aberratio ictus* » importi un solo delitto doloso [1]).

Non ne dubita il maggior numero dei commentatori [2]), come non ne dubita la giurisprudenza [3]).

E come sarebbe possibile il dubitarne?

Nel Progetto, non si volle, — come faceva il Codice del 1859 con l'art. 535 e come faceva il Progetto senatorio del 1875 con l'art. 370 —, conglobare nella nozione dell'omicidio la soluzione di una controversia relativa ad una accidentalità di esso, e, invece, tale soluzione si diede in una disposizione comune all'omicidio e alla lesione, ottenendosi così due vantaggi: quello d'evitare il sospetto che tale norma non si fosse riferita a tutti i casi d'omicidio volontario o di lesione volontaria e quello di potere insieme risolvere altre questioni subalterne, che ad essa si collegano [4]). Onde, nell'art. 358, il Progetto del 1887 diceva: « *Chiunque per errore, o altro accidente, cagiona la morte o un danno nel corpo o nella salute, od una perturbazione di mente ad una persona diversa da quella che aveva in animo di offendere, soggiace alle pene rispettivamente stabilite per l'omicidio o per le lesioni personali; ma non sono poste a suo carico le circostanze aggravanti del delitto, che derivano dalla qualità della persona uccisa od offesa, e gli sono calcolate le circostanze che avrebbero diminuite le pene del delitto* ».

E, nella Relazione, si aggiungeva: « Altra disposizione comune agli omicidi ed alle lesioni personali riguarda il caso in cui per errore sia stata uccisa o ferita una persona diversa da quella che il colpevole aveva in animo di uccidere o ferire. L'errore nella per-

---

[1]) E questo è tanto vero che la teoria opposta trovò un solo sostenitore, inascoltato, nel nostro Parlamento, come avverte la Relazione della Camera dei deputati (VILLA), CCXXI,

[2]) Così GIACHETTI, op. cit., II, pag. 358. — CONTI, *Dell'imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono*, pag. 278, nel *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale* pubblicato dal COGLIOLO, vol. I, p. II A. Milano 1892. — MAJNO, op. cit., vol. I, pag. 33. — IMPALLOMENI, op. cit., I, pag. 187. — CRIVELLARI, op. cit., vol. III, pag. 622. — NAPODANO, op.cit., II, p. 70.

[3]) Cassazione penale, 10 gennaio 1891 (*Rivista penale* XXXIX, 80); 12 novembre 1895 (*Rivista penale*, XLIII, 119); 8 giugno 1900 (*Supplemento alla Rivista penale*, IX, 43); 19 giugno 1901 (*Rivista penale*, LIV, 222).

Non è mancata, però, una sentenza, la quale credette di scorgere, nella « *aberratio ictus* », un omicidio continuato: 28 ottobre 1891 (*Rivista penale*, XXXV, 43)!

[4]) Relazione ZANARDELLI sul progetto, CXXXVI.

sona dell'ucciso o del ferito non tocca all'esistenza del reato, trattisi di errore sulla identità della persona (*error in persona*), o di deviazione del colpo (*aberratio ictus*), imperocchè la legge deve ugualmente proteggere la vita e l'integrità personale di tutti i cittadini, e tenere colpevole di omicidio o di lesione chi dolosamente cagiona la morte od un'offesa personale a chicchessia e non già ad una determinata persona soltanto. Quest'ipotesi nei Progetti anteriori non era preveduta con una disposizione propria e distinta, tranne in quello del 1868, ma lo era per incidente nelle nozioni dell'omicidio e della lesione personale... » E la Relazione concludeva con dire che ciò fu fatto anche, secondo un sagace emendamento proposto dal Pessina, allo scopo di evitare che si fosse potuto credere che il legislatore avesse voluto qui considerare quell'omicidio che i nostri pratici chiamavano *innoxii pro noxio* [1]).

Questa disposizione passò nella parte generale del Codice, per risolvere, come ben notò il Faranda, « la questione circa l'effetto dell'errore anche in altri casi.... » [2]).

La frase dell'art. 52 del nostro Codice — « *per errore o per altro accidente* » — racchiude anche l' « *aberratio ictus* », anche quando nella parola « errore » si volesse comprendere soltanto l'« *error in objecto* ». E, anzi, come giustamente osserva l'Impallomeni, se, in questo articolo, si dispone soltanto intorno alle circostanze attenuanti o aggravanti, vuol dire che, fuori di queste, la essenza del delitto non viene punto modificata [3]).

Evidentemente, questo problema, a proposito dell' « *error in persona* », non è nato, nè poteva nascere [4]).

---

[1]) Relazione ZANARDELLI sul progetto, CLI, e Relazione senatoria (PESSINA), XXXII.

[2]) Verbali della Commissione. Verbale n. XII.

[3]) IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, n. 75, Torino 1900.

[4]) Di fatti, l'istesso HAUS (op. cit. II, loc. cit.) e l'istesso GEYER (op. cit., loc. cit.) non si propongono nemmeno un dubbio intorno alla unicità del reato doloso, nella ipotesi dell' « *error in persona* ». Anche la giurisprudenza germanica ammette, qui, l'unicità del reato doloso. Così il Tribunale supremo germanico: 29 dicembre 1888 (*Rivista penale*, XXX, 172).

A questo proposito, crediamo non inutile notare che, a parte ogni dimostrazione teorica, basta confrontare il § 59 del codice germanico (e, se vuolsi, anche l'art. 93 del codice greco) con l'art. 52 del codice nostro, per convincersi come il problema che, sulla « *aberratio ictus* », è sorto in Germania, non possa più sorgere da noi. Invero, il codice germanico si limita a dire che all'agente non si imputano le circostanze di fatto, — le quali costituivano gli estremi del reato o ne accrescevano la penalità —, che egli avesse ignorato, tranne che tale ignoranza si dovesse a colpa di lui.

59. A questo problema se ne riattacca un altro: se, volendo uccidere o ferire, si uccide o si ferisce la persona contro cui il colpo era diretto, e, con lo stesso colpo, si uccide o si ferisce anche un'altra persona, si ha soltanto un delitto, il delitto doloso, ovvero si ha — o si può avere, nei congrui casi — un concorso, che sarebbe un concorso reale tra un delitto doloso e un delitto colposo?

L'Impallomeni opina che vi sia un delitto soltanto, il delitto doloso, e che dell'evento maggiore si debba tener conto solo nella misura della pena. Vi è, secondo questo scrittore, un delitto soltanto, il delitto doloso, perchè l'uomo agisce o con l'intenzione di cagionare un effetto lesivo, ossia con dolo, o con semplice imprevidenza nata da disattenzione dell'effetto cagionato, ossia con colpa: l'uno e l'altro elemento psichico non si possono insieme imputare perchè non possono coesistere [1].

Questa soluzione non ci pare esatta. Sarebbe assurdo pensare ad una coesistenza di dolo e di colpa di fronte allo stesso obiettivo, onde non può dirsi che colui, il quale vuole uccidere, uccida insieme per dolo e per colpa [2]. Ma ben può darsi, invece, coesistenza di dolo e di colpa, quando quello si rivolga allo scopo e questa si riferisca al mezzo adoperato per raggiungerlo.

Difatti, l'esperienza ci dice che noi, ogni giorno, volontariamente compiamo delle operazioni — indifferenti, lodevoli o maligne, non importa — e le compiamo mediante mezzi che ora sono prudenti ora sono imprudenti. Può negarsi, in tutti questi casi, una coesistenza di volontarietà e di prudenza o di volontarietà e di imprudenza?

Chi esplode il fucile per uccidere il nemico, che sta in mezzo ad altra gente, e chi brucia i mobili per dissimulare il furto, l'uno e l'altro con l'intenzione rivolta ad un fine determinato, hanno, senza dubbio, anche la rappresentazione del mezzo imprudente, così come l'avrebbero se compissero un atto lecito.

Con una soluzione diversa, colui, che commette un reato, si troverebbe in una condizione migliore di quella, in cui si trova colui che compie un atto lecito. Con una soluzione diversa, si arriverebbe a conseguenze contraddittorie: infatti, supponiamo che, volendosi uccidere un animale domestico, si uccida anche un uomo. Non vi è

---

[1] IMPALLOMENI, *L'omicidio*, n. 74.

[2] Diciamo così, perchè, per noi, è reo soltanto d'un omicidio doloso chi colpisce una persona e credendola morta la seppellisce, e questa muoia per il seppellimento. Trattiamo, di proposito, questo argomento ne: *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. I, P. III, c. I. Torino 1894 e nel trattato *Dei delitti contro le persone*, parte I, c. 1, in questa stessa *Enciclopedia*.

dubbio che l'agente, in questo caso, agisca con dolo in quanto vuole uccidere l'animale domestico, ma, perciò, si eliminerebbe la colpa verso l'uomo ucciso?

Evidentemente, questa ipotesi nulla ha da vedere con quella della « *aberratio ictus* ». Nell'« *aberratio ictus* » si vuole uccidere un uomo, e un uomo si uccide; nell'ipotesi attuale, invece, con un mezzo imprudente si vuole uccidere un uomo, e due uomini si uccidono. Ossia, per usare il linguaggio dell'art. 78, con la « *aberratio ictus* » si ha un sol fatto, con l'ipotesi attuale si hanno due fatti [1]).

Questa soluzione è esatta, anche quando si ferisca, senza riuscire ad ucciderla, la persona che si volea uccidere e si dà morte ad un'altra, ovvero quando si ferisca la persona che si voleva ferire e se ne ferisce anche un'altra.

60. Si discute se le parole ingiuriose e le parole diffamatorie rivolte contro una stessa persona, nello stesso contesto d'azione e con un'unica intenzione, diano luogo a due delitti ovvero ad un delitto solo.

La Cassazione nostra ha deciso per l'esistenza d'un delitto solo [2]).

Ma questo problema, come tanti e tanti altri, non è suscettibile, a nostro debole avviso, d'una soluzione generale.

Chi ben guardi al fondo delle cose, si persuade facilmente come l'attribuzione d'un fatto dederminato comprenda già in sè l'attribuzione d'una qualità. Dire che si è rubato un libro nel tal luogo, equivale anche a dire che l'autore d'un tal fatto sia un ladro.

Dunque, tutto il problema si riduce a ricercare se le parole ingiuriose siano tali da assumere una propria e distinta personalità, ovvero siano, per così dire, gli elementi materiali con cui si attua la diffamazione. Tutto il problema si riduce a vedere se, nella coscienza di chi delinque, e obiettivamente, e per l'opinione dei consociati, si abbia la violazione di due diverse norme giuridiche.

Il problema, dunque, è essenzialmente un problema di fatto, e per la sua soluzione, — importantissima anche per gli effetti dell'ultimo capoverso dell'art. 494 —, non si possono dare regole più precise.

---

[1]) Nello stesso senso, MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, pag. 184 e seg. Roma 1896. A questa stessa soluzione pare che si debba arrivare da chi, della colpa, ha un concetto diverso: STOPPATO, *L'evento punibile, passim*. Padova 1898.

[2]) 7 settembre 1901 (*Supplemento alla Rivista penale*, X, 115).

61. Altri problemi si riferiscono al concorso di reato consumato e di reato tentato o mancato.

Il primo di questi problemi nasce allor che il ladro, volendo rubare mille lire, sia costretto ad arrestarsi, dopo averne rubato cento. Si domanda: sarà egli reo di furto tentato di mille? Ovvero sarà reo di furto consumato di cento? Ovvero sarà reo insieme di furto consumato di cento e di furto tentato di mille?

Noi abbiamo enunciato il problema, mediante l'esempio del furto, poichè appunto a proposito del furto esso è nato; mentre, invece, a nostro modo di vedere, esso non può enunciarsi in maniera generale, poichè un tal problema non avrebbe dovuto nemmeno nascere.

Il Carrara dice, e non a torto, che la soluzione, — per cui si vorrebbe cumulare la pena del furto consumato con quella del furto tentato —, è falsa, e che l'altra — per cui si dovrebbe applicare soltanto la pena di furto tentato, poichè la somma già intascata non è che un principio d'esecuzione — è, teoricamente, esatta, ma può nella pratica riuscire insufficiente [1]).

Egli, invero, dimostra falsa la prima soluzione, perchè, con essa, gli stessi atti s'imputano due volte: una volta, come elementi materiali del delitto consumato, ed un'altra volta, come elementi materiali del delitto tentato; mentre è chiaro che non può consumarsi un furto rivolto a parecchi oggetti, che non possano prendersi con un sol colpo di mano, senza prenderli successivamente. Dimostra, nel campo teorico, esatta la seconda soluzione, poichè, se il reo voleva rubare mille, a lui non può imputarsi che un tentativo, di cui gli altri atti non sono che gli atti d'esecuzione. Ma, nella pratica, egli nota, questa soluzione può riuscire insufficiente, con quelle legislazioni che al furto consumato di cento comminano una pena assai più grave che al furto tentato di mille. In tal caso, sarebbe assurdo infliggere una pena minore, sol perchè il reo voleva rubare una somma maggiore. E non potrebbe ogni ladro, che vuol rubar cento, asserire d'essersi mosso per rubarne mille? Di conseguenza, la soluzione dipende dalla prevalenza della pena. Se, per la legge che si applica, la pena del furto tentato di mille è più grave della pena del furto consumato di cento, si applica quella, e la soluzione pratica coincide con la soluzione teorica. Se, invece, la pena del furto tentato di mille è

---

[1]) CARRARA, *Un caso speciale di tentativo*, negli *Opuscoli*, I — *Grado nella forza fisica del delitto*, §§ 108 e seg. negli *Opuscoli*, I — *Concorso di delitto consumato e tentato*, in *Reminiscenze di cattedra e foro*.

meno grave della pena del furto consumato di cento, s'imputa il titolo di quello e si applica la pena di questo.

Accettiamo questa soluzione, la quale ha valore, anche di fronte alla dicitura dell'art. 78 del codice penale [1]). Però crediamo che, da noi, non possa verificarsi una tale discordanza, tra la pratica e la teoria, per effetto della stessa latitudine della pena, affidata al giudice per il tentativo (art. 61), per il furto (art 402, 403, 404), per il valore molto rilevante o lievissimo della cosa rubata (art. 431).

Il secondo problema nasce, allor che si vibri un primo colpo per uccidere, e si cagiona, invece, soltanto una ferita, e poi se ne vibri un secondo e si uccide.

Qui il Carrara ravvisa un concorso reale tra ferimento e omicidio consumato e un concorso ideale tra ferimento e omicidio tentato [2]).

Ma questo assunto, — oltre che in contraddizione con quel che dice lo stesso insigne criminalista a proposito del reato complesso, e che noi già conosciamo —, è inaccettabile, perchè l'agente ha un fine solo, uccidere, e cagiona, con un'azione sola, una sola obiettività reale, un omicidio, mentre i colpi precedenti al colpo mortale non sono che dei semplici atti d'esecuzione, i quali sono necessariamente inseparabili dalle mire del reo.

Altrimenti avverrebbe se tra il colpo non mortale e il colpo mortale passasse tanto tempo, da far sì che ognuno di essi fosse il risultato d'una nuova intenzione e d'una propria azione.

Nè sarebbe utile accettare la nomenclatura, proposta da qualche criminalista tedesco [3]), per cui il primo colpo sarebbe un tentativo qualificato, ravvisando la qualifica nella persistenza cui dà luogo il secondo colpo, e la persistenza produrrebbe un concorso ideale d'omicidio tentato e d'omicido consumato. E non sarebbe utile, anche perchè, come dice il Brusa, il concorso ideale tra tentativo e consumazione esigerebbe un tentativo rimasto tale e una consumazione che non l'assorbe: ciò che è inconcepibile [4]).

Il terzo problema nasce, allor che si colpisca per uccidere e non si uccide, ma il colpo ha prodotto una lesione, la quale, indipendentemente dal tentativo, è un reato perfetto.

---

[1]) Nello stesso senso, MAJNO, op. cit., vol. I, n. 397.

[2]) CARRARA, *Sinopsi del conato*, VI, in *Reminiscenze di cattedra e foro.*

[3]) Fu il FEUERBACH (op. cit. § 111) che, per il primo, parlò di tentativo qualificato (*qualificirter Versuch*). Così anche il WEBER, *Ueber das geendigte Verbrechen*, in *Archiv für Strafrecht*, IV. In senso contrario, BAUER, *Lehrbuch des Strafrechts*, 12. Göttingen 1827. — BERNER, op. cit. § 81 — IMPALLOMENI, *L'omicidio* n. 76. Confr. GEIB, op. cit. II, 315.

[4]) BRUSA, op. cit. §§ 254, 255.

Qualcheduno pensa che, in tal caso, vi sia un concorso ideale di lesione consumata e di omicidio tentato, consistendo la prima in quello, che si è prodotto, e la seconda in quello, che si voleva produrre [1]).

Ma, noi, pensiamo che, in questa ipotesi, non vi sia alcun concorso, perchè la lesione personale, accompagnata dalla volontà omicida, costituisce, appunto, un omicidio tentato o mancato, non essendo possibile alcun omicidio senza un'offesa al corpo. [2]).

Però se, in diritto costituito, la lesione consumata fosse punita più gravemente dell'omicidio tentato, bisognerebbe, — come si è detto precedentemente —, pur avendosi sempre il titolo d'omicidio tentato, infliggere la pena della lesione, perchè sarebbe ingiusto infliggere alla lesione una pena minore, sol perchè il suo autore aveva l'intenzione d'uccidere.

Altrimenti avviene quando, invece, l'obiettività del fatto compiuto non sia parte integrante — e, quindi, inseparabile — del tentativo. Così, ad esempio, se s'incendia la casa, per dar morte a colui che vi abita, e questi non muore, vi sarà, essendo i due fatti del tutto separabili, concorso tra tentato omicidio ed incendio consumato, concorso che, per altri [3]), è concorso ideale, mentre per noi, — per quel che si è detto e per quel che diremo — è concorso reale. E questa, evidentemente, è una soluzione teorica, che non ha importanza di fronte a quei codici, che, come il nostro (art. 366 n. 4.°), hanno creato il titolo dell'omicidio commesso con mezzi di comune pericolo.

62. Nella giurisprudenza sono, poi, quotidiani i problemi che si presentano: taluni di soluzione facile e intuitiva, altri di soluzione difficile e ardua.

Così la giurisprudenza ha deciso che si ha un reato unico, quando i fatti precedenti, concomitanti o susseguenti a un reato siano elementi costitutivi o circostanze aggravanti del reato medesimo, quand'anche, per sè stessi, costituiscano altrettanti reati, massime quando la pena comminata per il reato, qualificato a causa di tali fatti, fosse molto più grave di quella risultante dal concorso delle pene per essi rispettivamente applicabili [4]).

---

[1]) CARRARA, *Concorso di delitto consumato e tentato*, in *Reminiscenze di cattedra e foro*. — HABERMAAS, op. cit., § 5, 2.

[2]) Così ZACHARIAE, op. cit., § I, 141 — BERNER, op. cit. § 81 — IMPALLOMENI, *L'omicidio* n. 77.

[3]) BERNER, op. cit., § 81. Su di questo argomento, vedi VON BURI, op. cit. p. 76 e seg.

[4]) Cassazione penale, 1.° settembre 1892 (*Rivista penale*, XXXVI, 463).

Similmente, si è deciso che non sia possibile ammettere uno speciale delitto di danneggiamento, quando il danno fu l'effetto d'un altro delitto, come nel caso di chi danneggi un termine o recida dei rami per commettere il delitto d'usurpazione o di esercizio arbitrario delle proprie ragioni [1]; e questa soluzione è giusta, per quel che dicemmo al principio di questo capitolo.

Si è deciso che chi stupra una donna, che si trova presso di sè, e poi la detiene, ancora per un po' di tempo, allo scopo di ripetere la violenza carnale, risponde di questa soltanto e non anche di ratto [2]. E anche questa soluzione è accettabile, poichè non può dirsi che sia ratto quella fugace coabitazione, quantunque coatta.

Si è deciso che la vendita di un prodotto di privativa, diverso da quello genuino e contrassegnato dai falsi distintivi del produttore esercente la privativa, viola tanto la disposizione dell'art. 12 della legge sulla proprietà industriale quanto l'art. 297 del codice penale; e, come fatto unico, è punibile con la pena comminata da quest'ultimo articolo, che è la più grave [3].

Qualche volta, anzi, la soluzione è a dirittura testuale.

Così il nostro codice, dopo aver previsto il falso in atto pubblico (art. 275 e seg.) e il falso privato (art. 280), aggiunge: « *Chiunque fa uso o in qualsiasi modo profitta di un atto falso è punito, ancorchè non sia concorso nella falsità, con le pene rispettivamente stabilite nell'art. 278, se trattasi di atto pubblico, e con la pena stabilita nell'art. 280, se trattasi di scrittura privata* » (art. 281).

Il nostro codice, adunque, parifica al falsario colui che del falso faccia, scientemente, uso. E sta bene, ma l'artefice del falso sarà, forse, responsabile di due delitti diversi e concorrenti, allor che faccia uso egli stesso del documento da lui fabbricato?

Quando si tratti di falso privato, il dubbio non può nemmeno sorgere [4].

Se il falso privato si perfeziona con l'uso, — come in modo chiaro dice l'art. 280 —, è evidente che l'uso non possa imputarsi due volte.

Il dubbio può sorgere soltanto per la falsificazione d'un atto

---

[1]) Cassazione penale, 24 settembre 1895 (*Giustizia penale*, I, 1324), 25 gennaio 1898 (*Giustizia penale*, IV, 274).

[2]) Cassazione penale, 1.° maggio 1895 (*Giustizia penale*, I, 751).

[3]) Cassazione penale, 18 marzo 1899 (*Cassazione unica*, X, 971).

[4]) Confr. NICOLINI, *Quistioni di diritto*, vol. IV, discorso X. Napoli 1839.

nulla ha prodotto oltre quello che il bancarottiere ha voluto. Sostiene (con la sentenza citata) che quando il fallimento sia stato prodotto, insieme, da colpa e da dolo, si ha un reato unico complesso, si ha un'unica figura ontologica, che deve colpirsi con la pena maggiore e che, ad ogni modo, se anche quella unità ontologica violi diverse disposizioni di legge, si ha un reato unico verificandosi un concorso formale.

Chi pensa che qui siano due reati distinti dice che, nella legge, i casi di bancarotta semplice sono materialmente diversi dai casi di bancarotta fraudolenta, e, perciò, non può farsi sparire una differenza, che sussiste soggettivamente, come la colpa si distingue dal dolo, e sussiste oggettivamente, come la mancanza dei libri di commercio si distingue dalla sottrazione dei beni. Dice che non devono confondersi le cause che producono il fallimento con i reati che si commettono nel fallimento; che non può parlarsi di un'unità ontologica, poichè, anzi, si hanno varie entita distinte, quantunque siano comprese, dal Codice nell'unica denominazione di « *bancarotta* » ; che, secondo il nostro Codice, il reato complesso non può aversi se non nell'ipotesi dell'art. 77 ; che non può nemmeno pensarsi al concorso formale, quando si tratti non di un medesimo fatto, ma di fatti diversi e distinti.

Tra queste opinioni estreme si trova un'opinione quasi intermedia, con cui si dice che bisogna distinguere i diversi tempi, in cui, con diverse intenzioni, si compiono i vari fatti: chi non obbedisce alle ingiunzioni della legge e, per ciò, causa il fallimento, è reo d'un reato, che non ha nulla da vedere con il reato nuovo che egli, fraudolentemente, commetterà dopo la cessazione dei pagamenti [1]).

Noi pensiamo che qui s'incontri un concorso reale.

Dicemmo più in là come si abbia un sol reato di bancarotta semplice, anche quando si commettano due o più delle azioni previste negli articoli 856, 857, 859 del nostro Codice di commercio. E alla medesima soluzione arrivammo, anche quando, nella bancarotta fraudolenta, il colpevole abbia compiuto non soltanto una delle azioni previste dall'art. 860, ma più. — Dopo ciò, possiamo affrontare il problema attuale.

Bisogna distinguere le azioni fraudolente, successive alla cessazione dei pagamenti, da quelle che la precedono e si accompagnano con le azioni di bancarotta semplice.

---

[1]) LONGHI, *La bancarotta*, pag. 88. Milano 1898.

A proposito dei fatti anteriori e dei fatti posteriori alla dichiarazione del fallimento, si vegga il disaccordo tra il DALLOZ (*Répertoire methodique et alphabetique*, V.: *faillite et banqueroute*, n. 1401, 1406. Paris 1851) e il MERLIN (*Répertoire, universel et raisonné de jurisprudence*, V.: *non bis in idem* n. 12. Paris 1807).

Se, dopo la cessazione dei pagamenti, si compiono delle altre azioni, queste, — se costituiscono delle altre speciali lesioni giuridiche —, dànno, senza alcun dubbio, luogo a nuovi delitti, i quali concorrono realmente con il delitto, che ha cagionato la cessazione dei pagamenti, e concorrono, perchè sono l'effetto di nuove e posteriori determinazioni e producono nuove, posteriori e diverse obiettività criminose.

Ma la soluzione, benchè meno evidente, deve essere la stessa anche quando le varie azioni precedano tutte la cessazione dei pagamenti. Si capisce, difatti, come le varie azioni di bancarotta semplice, o le varie azioni di bancarotta fraudolenta, possono dar luogo a un reato solo, ma non si capisce come ad un reato solo possono dar luogo e quelle e queste. Come ben si è notato da altri [1]), chi mal governa i propri affari non pensa nemmeno che un giorno diventerà bancarottiere, e quando, poi, veda il fallimento inevitabile, egli, se compie delle azioni di bancarotta fraudolenta, cagiona un fatto nuovo: nuovo per il tempo in cui è commesso, per l'intenzione che lo muove, per la sua materialità. E, senza dubbio, l'obiettivo giuridico è duplicato, poichè ad una condotta commerciale, che dà luogo alla cessazione dei pagamenti, si aggiunge un fatto specifico e fraudolento. Nè diversamente avverrebbe se il Codice di ciascheduna delle due bancarotte avesse una nozione sintetica, poichè se la nozione escluderebbe fin il dubbio che possa esservi un concorso di più bancarotte semplici o di più bancarotte fraudolente, non escluderebbe la possibilità di un concorso di bancarotta fraudolenta e di bancarotta semplice.

64. Altri problemi saranno da noi proposti, quando parleremo del concorso reale.

Se possa darsi un concorso ideale di oltraggio e di diffamazione è argomento, che tratteremo più in là, nel Trattato dei delitti contro la persona.

CAPO II.

Pluralità di lesioni giuridiche con pluralità d'azioni.

I.

65. Siamo, così, arrivati all' ultima ipotesi, che si verifica allor quando si violi più volte la stessa norma giuridica, o si violino diverse norme, in maniera, però, che le corrispondenti lesioni giuridiche siano tutte causate da altrettante azioni, le quali, alla loro volta, sono gli effetti esterni di tante intenzioni.

---

[1]) TUOZZI, op. cit., loc. cit.

Questa è una delle due figure del concorso reale: l'altra, come dicemmo, si ha quando le violazioni della norma o le violazioni delle norme, producenti più lesioni giuridiche separabili — o solo accidentalmente inseparabili —, che sono gli effetti esterni di più intenzioni (o, benchè questo avvenga meno spesso, d'una intenzione e d'una o più rappresentazioni), si attuano con un'azione sola; e ciò perchè, ripetiamolo, se, per l'esistenza d'ogni reato, è necessaria la violazione d'una norma, e quindi una propria lesione giuridica e una propria intenzione, o rappresentazione, non è, però, necessaria una propria azione.

Al concorso reale, sfuggono, dunque, soltanto il reato continuato, perchè in esso, — per la nostra teoria —, si ha una sola intenzione e una sola lesione giuridica, ed il così detto concorso formale, perchè in esso — pur violandosi diverse norme — si ha, tuttavia, un concorso di lesioni giuridiche naturalmente o giuridicamente inseparabili, prodotte, per lo più, da una intenzione rivolta ad una sola di esse e dalla concomitante rappresentazione delle altre, ma qualche volta anche da più intenzioni.

Il concorso reale, di cui ci occupiamo in questo momento, si può verificare o quando il delinquente commetta, in tempi diversi, più reati, senza che qualcheduno di essi sia preceduto da un reato, al quale seguì condanna, o quando, nello stesso tempo, — o, come suol dirsi, in un sol contesto di azioni —, si commettano più reati.

Il secondo può chiamarsi concorso « *reale simultaneo* », il primo, invece, concorso « *reale successivo* » [1]).

Nell'uno e nell'altro, i reati possono essere tra di loro indipendenti, ovvero riuniti da un qualche vincolo. Questi ultimi si dicono « *connessi* ».

66. Potremmo arrestarci qui, se il pensiero umano, incessante ricercatore, non fosse, anche in questo campo, arrivato a dubitare perfino delle cose più visibili [2]).

Certamente, i reati commessi in tempi diversi son tutti imputabili, e come reati distinti, salvo a vedere se essi, riuniti nella coscienza d'uno stesso delinquente, siano perciò tra di loro coordinati.

---

[1]) È quasi superfluo notare come da noi queste due espressioni si adoperino con significato diverso da quello, con cui le adopera lo Haelschner (*Das gemeine deutsche Strafrecht*; I, § 268. Bonn 1881-87), il quale (pur avendo del concorso quel concetto, che conoscemmo nel precedente capitolo) chiama simultaneo soltanto il concorso, che altri chiama ideale, e successivo soltanto il concorso, che altri chiama reale.

[2]) Nessun autore tratta esclusivamente della concorrenza reale di reati, perciò, rinviamo il lettore agli autori citati a proposito della concorrenza formale. Gli autori, che trattano della concorrenza delle pene, saranno ricordati più avanti.

Ma le diverse lesioni giuridiche separabili o, — per adoperare il linguaggio adoperato nel capitolo precedente —, i diversi *fatti*, a cui si è dato causa in uno stesso tempo, o (secondo il linguaggio della scuola) in uno stesso contesto di azioni, costituiscono diversi reati ovvero un reato solo? Noi, nelle pagine che precedono, abbiamo già cercato di dare una qualche soluzione di questo dubbio.

L'unicità del reato, in questo caso, benchè altre volte autorevolmente propugnata [1]), oggi non ha alcun seguito. E come potrebbe averlo?

Se, come si è dimostrato, più reati possono cagionarsi con un'azione sola, se ad ogni reato non occorre una propria azione, come mai, — *a fortiori* —, potrebbe occorrere un proprio tempo? Anzi, diremo di più, diremo che, a rigore, anche nell'unico contesto di azioni, vi è, nel maggior numero dei casi, se non sempre, una pluralità di tempi [2]). Chi, nello stesso istante, vibra due coltellate contro due suoi nemici, e le vibra con due coltelli ognuno brandito da una mano, produce due lesioni nello stesso tempo. Ma chi, invece, ferisce l'uno e poi, immediatamente dopo, ferisce l'altro, ferisce in due tempi diversi; e non si saprebbe, dunque, sospettare perchè mai dovrebbe egli dirsi colpevole d'un sol reato. La vicinanza dei due tempi è accidentale.

Il problema, adunque, si riduce ad una mera valutazione di fatto.

Quando l'opera del colpevole sia rivolta contro una stessa persona, vedrà il giudice se si verificano tanti reati distinti, ovvero se s'incontrano tanti momenti d'un solo reato. E ciò, secondo che le varie offese abbiano o non abbiano una propria personalità. Così, come dicemmo, commette un sol delitto chi, nell'oltraggio, usa quei modi violenti, che non possono scompagnarsi da quell'ira che non si scompagna dall'oltraggio, mentre commette due delitti chi, non contento d'oltraggiare, ferisce l'oltraggiato.

---

[1]) CREMANI, *De jure criminali*, I, p. II, c. XII, n. 4. Macerata 1836. — ROBERTI, *Corso di diritto penale*, vol. III, n. 317. Napoli 1842. — ZUPPETTA, *Corso completo di diritto penale comparato*, vol. II, pag. 525 e seg. Napoli 1868. - Salerno 1869. Quest'ultimo scrittore dice che il vincitore tra gli Orazi, se avesse dovuto meritare punizione, non sarebbe stato mai reiteratore. Ma è facile rispondere che, se quell'avvenimento non viene considerato come una piccola guerra, non v'è ragione alcuna per non scorgere in esso tre diversi omicidi.

[2]) È necessaria, anzi, una dichiarazione. Ho chiamato « *simultaneo* » quel concorso che comprende anche i reati commessi in un contesto di azioni; e ho fatto così, perchè mi è sembrato che, giuridicamente, anche il contesto di azioni (*simul ac semel*) possa considerarsi come un'unità di tempo, la quale, di conseguenza, ammette che i reati in essa compiuti siano, per finzione, « *simultanei* » (*simul*). Ad ogni modo, se si temesse di far violenza al significato proprio della parola « *simultaneo* », le due specie di concorso reale si potrebbero denominare nel modo seguente: « *concorso con unità di azione o con contesto di azioni* » e « *concorso successivo propriamente detto* ».

Viceversa, quando le lesioni siano diverse e colpiscano diverse persone, quando ogni lesione non possa causarsi senza una speciale intenzione, allora si ha una pluralità di reati. Così commette più reati colui che, in una rissa ferisce un suo avversario, e ferisce l'altro, e ingiuria il terzo, e uccide il quarto; così commette più reati colui che, penetrato in una casa per rubare, ruba, e stupra una donna che lì si trova, e uccide una persona che accorre per impedire il furto.

All'attuale questione, il reato continuato è estraneo, poichè esso presuppone unica intenzione e, come dimostrammo, unica lesione giuridica.

67. Senza dubbio, i reati l'uno dall'altro indipendenti son tutti imputabili, come reati distinti.

Ma quando più lesioni giuridiche separabili siano, non indipendenti, ma unite tra di loro dal vincolo di mezzo a fine, si ha un sol reato ovvero si hanno più reati? Si ha un sol reato o si hanno più reati, quando le lesioni giuridiche separabili siano unite da un'altro qualunque vincolo?

Si hanno più reati, qualunque sia il vincolo che li unisca.

Nondimeno, non sono mancati taluni dei più autorevoli maestri, i quali abbiano sostenuto l'esistenza d'un solo reato, il quale si dovrebbe punire con quella, — tra le pene inflitte alla lesione-mezzo e alla lesione-fine —, che è la più grave. E questo delitto, nel quale veniva ad assorbirsi il delitto, che chiamarono « *pedissequo* » o « *famulativo* », fu detto « *complesso* ».

Così il Carrara dice: « se il reo non tendeva che ad *un solo fine* pel quale violava un diritto, e della violazione dell'altro si valeva come *mezzo* per giungere a quello », si ha « un solo delitto ». E perchè? Perchè « se si guardassero come *due delitti* quando *l'atto volitivo* è uno, s'imputerebbe *due volte* la stessa determinazione. L'elemento intenzionale, imputato in un delitto, tornerebbe ad imputarsi nel secondo delitto... Si ha una determinazione volitiva *complessa;* nascerà un delitto *complesso:* ma è un *delitto solo* » [1]).

E il Pessina dice: « una seconda specie di concorso ideale si ha quando un reato è posto come mezzo ad un altro reato. In questo caso egli è vero che vi ha due reati; ma essi sono un tutto uno nella coscienza dell'agente, per effetto di quel vincolo che coordina l'uno di essi all'altro. Il *nexus* tra il reato che servì di mezzo e quello che costituì il fine del delinquente unifica le due reità in un sol reato, che può dirsi complesso. E quì si ha un reato che è accompagnato da una cagione intrinseca di aggravamento, l'esser cioè mezzo od oc-

---

[1]) Carrara, *Programma*, §§ 166, 168 e nota.

casione o conseguenza della perpetrazione di altro reato.... In questa specie di concorso ideale si ha una delle specie del *reato qualificato*; e la qualifica nasce dal fatto criminoso che si congiunge ad altro fatto egualmente criminoso ». In questa ipotesi, non vi è concorso reale di reati, perchè « per l'esistenza di quel vincolo i reati possono *distinguersi*, ma non sono *separati* l'uno dall'altro, nè nella coscienza del delinquente, nè in quella che dicesi obiettività del reato » [1]).

Questa opinione, che fu già del Carmignani [2]) e del Roberti [3]), è l'opinione del Brusa [4]), del Napodano [5]), dell'Arabia [6]). Questa è anche l'opinione dello Hälschner [7]).

Questa opinione, che sembra implicitamente rifiutata dal Berner [8]) e dall'Ortolan [9]), fu rifiutata dallo Haus [10]), dal Nypels [11]), dal Mori [12]), dall'Ambrosoli [13]), e fu strenuamente combattuta dall'Impallomeni [14]).

Essa, oggi, ha pochissimo seguito [15]).

E, anche noi, — come si disse nelle pagine precedenti — siamo convinti che il nesso di qualunque genere non possa escludere la pluralità dei reati; e non già, perchè — come altri ha obiettato [16]) — sia

---

[1]) PESSINA, *Elementi di diritto penale*. Vol. I, l. II, c. VI, II. Napoli 1882.

[2]) CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa*, § 167 e seg.

[3]) ROBERTI, op. cit., III, pag. 917.

[4]) BRUSA, *Saggio d'una dottrina generale del reato*, § 247. Torino 1884.

[5]) NAPODANO, *Il diritto penale italiano nei suoi principii*, c, VI § 4. Napoli 1895. Almeno, così pare. Egli, chiama, questa che combattiamo, la teoria prevalente.

[6]) ARABIA, *I principii del diritto penale*, § 195. Napoli 1891.

[7]) HÄLSCHNER, op. cit. I, § 268.

[8]) BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 145. Leipzig 1886.

[9]) ORTOLAN, *Elements de droit pénal*, II, p. II, l. IV, c. 1, nn. 8, 9 e 10. Paris 1886.

[10]) HAUS, *Principii generali di diritto penale*, II, nn. 849, 850. Napoli 1877.

[11]) NYPELS, *Le code pénal belge interpreté*, vol. I, l. I, ch, VI. Bruxelles 1867.

[12]) MORI, *Teoria del codice penale toscano*, I. Firenze 1854.

[13]) AMBROSOLI, in nota alla traduzione italiana degli *Elementa* del CARMIGNANI, § 170. Milano 1863.

[14]) IMPALLOMENI, *Concorrenza reale e concorrenza formale dei reati*, § 11. Catania-Palermo 1884-85. — *Il codice penale italiano illustrato*, I, n. 126. Firenze 1890.

[15]) Quell' opinione è seguìta dal TRAVAGLIA, *Il nuovo codice penale italiano*, vol. II, p.365, Forlì 1889 e dal MARCHETTI, *Teoria generale delle contravvenzioni*, pag. 111 e seg. nel *Completo trattato di diritto penale pubblicato dal* COGLIOLO, vol. II, p. III. Milano 1889. La rifiutano TUOZZI, *Corso di diritto penale*, vol. I, p. 237. Napoli 1890. — MASUCCI, op. cit., n. 88. — LANZA, *Osservazioni scientifiche ed esegetiche su alcune forme di concorso di reati*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, VI. — FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, pag. 323. Milano 1900. Il LISZT (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 55. Berlin 1898) mette i reati uniti da un vincolo tra i casi d'unità di reato con pluralità d'azioni, ma, però, egli si riferisce ai reati complessi, formati dal legislatore mediante il concorso di più lesioni.

[16]) CASTORI, *Concorso di reati e di pene*, pag. 1358, nel *Completo trattato di diritto penale pubblicato dal* COGLIOLO, vol. I, P. III. Milano 1889.

difficile interpretare rettamente la volontà del reo, ma per una ragione più intima.

Non è esatto affermare che l'unicità di scopo riesca a fondere e ad unificare le obiettività del reato. E questo assunto si può dimostrare perfino con le stesse teoriche del Carrara.

Infatti, come insegna lo stesso Carrara — e di questo parlammo di proposito nel capitolo precedente —, è uopo distinguere nel reato tre obiettività: l'obiettività materiale o reale, l'obiettività ideologica, l'obiettività giuridica. Vero è che colui il quale viola il domicilio per stuprare, ovvero uccide per rubare, ovvero incendia per accusare un innocente, ha un solo scopo, che costituisce una sola obiettività ideologica, ma è anche vero che egli produce due modificazioni del mondo esterno, che costituiscono due obiettività materiali o reali, le quali, alla loro volta, essendo garantite dalla legge, dànno luogo a due obiettività giuridiche. Parlare d'un sol reato, soltanto perchè s'incontra una sola obiettività ideologica, è un disconoscere i fatti che sono due, è un disconoscere il diritto che è violato, successivamente, in due delle sue determinazioni. E, appunto per questo, come nota l'Impallomeni, quegli stessi che, in questo caso, negano la pluralità dei reati, riconoscono il principio, per cui la pena non s'infligge in considerazione dello scopo propostosi dal delinquente, ma in considerazione dell'offesa arrecata alla legge. E la nostra dimostrazione si rende tanto più evidente, allor che, ad esempio, un delinquente calunnî, come reo di furto, un suo nemico, e poi, per accreditare la calunnia, rubi davvero ad un altro suo nemico.

Nè più esatto è l'affermare che, nei reati uniti dal vincolo di mezzo a fine, vi sia una sola intenzione e, quindi, una sola coscienza di reato.

In vero, il poter formare, in un solo istante, la volizione rivolta al fine e rivolta al mezzo, non esclude che essa abbia un duplice contenuto: l'uno in rapporto al fine, l'altro in rapporto al mezzo, mentre così al fine, come al mezzo, corrispondono le violazioni di due diverse norme; così come, nella pluralità di reati commessi con una sola azione la volizione formata in un solo istante non esclude il contenuto rivolto contro più persone. Onde, ben l'Impallomeni obiettava che, daccanto alla intenzione generica di delinquere, vi possono essere tante determinazioni specifiche rivolte ai singoli mezzi. E, difatti, l'esperienza ci ammaestra che noi, tante volte, per non volere il mezzo, rinunciamo al fine. Piove, ci troviamo in mezzo alla via, cerchiamo una porta, che ci permetta di ripararci, ma la porta è chiusa e, pur potendo aprirla con uno spintone, ci contentiamo di stare sotto l'acqua. Chi vuole stuprare sa anche che non si può entrare nel do-

micilio altrui, senza che colui che vi abita ce lo permetta; chi vuole rubare sa anche che l'uccidere un uomo è un delitto; chi vuole calunniare sa anche che il rubare sul serio è un delitto. Se, dunque, essi vogliono produrre quest'altra obiettività, se essi vogliono anche quest'altra violazione del diritto, come può dirsi che abbiano una sola intenzione e una sola coscienza di reato?

Se l'unicità dello scopo indicasse unicità d'intenzione e unicità di coscienza di reato, e, quindi, unicità di reato, bisognerebbe imputare un sol reato a chi uccide tanti uomini, sol perchè egli ha lo scopo unico di discreditare gli ufficiali di polizia; bisognerebbe imputare un sol reato a chi si propone di vivere rubando, sol perchè egli ha lo scopo unico di arricchire.

Da quello, che siamo venuti dicendo, chiaro risulta che si ha un reato solo, quando le due lesioni, la lesione mezzo e la lesione scopo, siano così intimamente connesse da formare un tutt'uno, in maniera che non possa compiersi l'una senza compiere l'altra. In tal caso, le due lesioni, non solo possono non essere singolarmente volute, non solo son tali che, volendo l'una, si debba necessariamente e inseparabilmente volere anche l'altra, ma esse sono come i due lati di una lesione sola.

Alle volte, al contrario, la lesione mezzo e la lesione scopo sono, non solo separabili, ma anche separate; e allora si hanno, indubbiamente, due reati diversi, perchè si hanno due determinazioni — una generica rivolta allo scopo e una specifica comprendente il mezzo — e due obiettività diverse e separabili.

Alle volte, finalmente, le lesioni sono o sembrano inseparabili. Qui ricorre quella distinzione tra le varie *inseparabilità*, che noi facemmo nel capitolo precedente.

Le due lesioni sono *accidentalmente inseparabili*, quando non si possa commettere la violenza carnale, senza violare il domicilio.

Le due lesioni sono *naturalmente inseparabili*, quando non si possa calunniare, senza attribuire un fatto determinato diffamatorio.

Le due lesioni sono *giuridicamente inseparabili*, quando non sia possibile appropriarsi del denaro, che si ha in consegna, senza tradire insieme i doveri del pubblico ufficio.

Solo l'inseparabilità naturale e l'inseparabilità giuridica, — e mai l'inseparabilità accidentale —, dànno luogo ad un solo reato, e questo per la dimostrazione da noi già data nel precedente capitolo, dimostrazione che qui si deve ricordare e non ripetere.

Di conseguenza, noi non diciamo, con il Masucci, che si ha un reato solo, quando il mezzo sia necessario al conseguimento dello scopo [1]).

---

[1]) Masucci, op. cit. n. 90.

E non diciamo così, perchè, secondo quel che abbiamo cercato di dimostrare, in un certo senso, sempre o assai spesso, il mezzo può essere necessario, o per lo meno può sembrare necessario al delinquente.

Noi, a questo criterio, abbiamo sostituito quello d'una naturale o d'una giuridica inseparabilità, per cui si ha un reato solo, sol quando il mezzo sia naturalmente o giuridicamente necessario, e non quando sia accidentalmente necessario.

Così, ci separiamo anche dall'Impallomeni [1]), come dall'Impallomeni ci separammo quando cercammo il criterio distintivo tra i due concorsi. E ci separammo allora e ci separiamo in questo momento, perchè noi non diciamo che, ad ogni obiettività reale, corrisponda una intenzione e viceversa. No, quando si violino più norme, e si sa di violarle, o si ha l'intenzione di tutte violarle o, per lo meno, si ha l'intenzione di violarne una e si ha la rappresentazione della violazione delle altre. Così nel primo come nel secondo caso, le violazioni sono tutte imputabili, perchè tanto è volere un evento quanto è sapere che lo cagioniamo; ma, però, si ha un reato solo, quando i beni giuridici, e, quindi, le norme che li tutelano, siano così inseparabili che vengano violate l'una e l'altra anche quando se ne voglia violare una sola, e la materialità del delitto non cresce anche quando si vogliano violare entrambe.

Infatti, noi non diciamo al calunniatore: tu rispondi soltanto della calunnia, e non anche del mezzo diffamatorio, perchè solo la calunnia hai voluto. No, noi gli diciamo, invece: tu rispondi soltanto della calunnia, perchè se non avessi voluto anche la diffamazione non avresti cagionato di meno, e se l'hai voluta non hai cagionato di più. Noi diciamo al pubblico ufficiale, che si è appropriato del denaro a lui affidato: tu rispondi di un solo delitto, perchè, se di quel denaro ti volevi impossessare, tu cagionavi l'istesso evento, sia che l'animo tuo si rivolgesse ad una sola lesione sia che si rivolgesse a due lesioni diverse.

Nè si affermi che i risultati delle due teoriche siano gli stessi.

Con la teorica dell'Impallomeni bisognerebbe sostenere che quel calunniatore, se avesse anche l'intenzione di diffamare, sarebbe reo anche della diffamazione. Per la nostra teoria, invece, quel calunniatore è reo soltanto della calunnia, tranne, però, e questo è ovvio, che alla denunzia calunniosa si aggiungano parole superflue, le quali possan dar luogo ad un altro delitto, che non sarebbe più il mezzo con cui si consuma la calunnia, ma sarebbe, invece, un altro delitto di per sè stante e indipendente, che solo a caso si unisce all'altro.

[1]) IMPALLOMENI, op. cit., loc. cit.

Inoltre, se si mettono da parte quegli esempi, sapientemente scelti, ei quali ben si vede come sia d'uopo di due distinte determinazioni, una rivolta al fine e l'altra rivolta al mezzo, ben si vede come ante e tante altre volte, invece, il reo potrebbe pur affermare di aver oluto lo scopo soltanto e di non aver pensato al mezzo: ad esemio, nel caso di colui, che insegua il suo nemico, ne violi il domiilio e lo ferisca.

Per noi, invece, in tal caso, sono due reati distinti, perchè una esione è perfettamente separata dall'altra, e l'una e l'altra solo acidentalmente appariscono inseparabili.

Nell'esempio del calunniatore e nell'esempio del peculatore, le lue lesioni sono inseparabili in un *unico fatto,* e basta volerne ına per causare necessariamente l'altra, sia questa voluta o non oluta, onde vi è una intenzione o una rappresentazione, che nulla agiona che non sia stato, necessariamente, cagionato dall'altra inenzione; nell'esempio di questo feritore, invece, le due lesioni sono saparate, e diventano inseparabili in un *unico scopo*, e bisogna voere l'una e l'altra — si palesino alla coscienza, come due o come una, non importa — o, per lo meno, bisogna volere la lesione-scopo e bisogna, anche, non arrestarsi dinanzi alla lesione-mezzo.

Si comprende come qui la proposizione non possa invertirsi. Non potrebbe, infatti, obiettarsi che, mentre non vi è calunnia senza contenuto diffamatorio, ben può esservi diffamazione senza contenuto calunnioso.

La proposizione, infatti, può invertirsi, quando si tratti di concorso di lesioni, non congiunte da un qualche vincolo gerarchico. Così, nell'esempio fatto nel precedente capitolo, tanto è l'adulterio con l'incesto quanto è l'incesto con l'adulterio. Invece, allor che le due lesioni siano unite da un vincolo gerarchico, la proposizione non può invertirsi, perchè se il reo voleva lo scopo, il mezzo deve valutarsi in quanto sia, per necessità naturale o giuridica, unito ad esso, perchè se, al contrario, si valutasse per sè stesso, e isolatamente preso, non sarebbe più un mezzo, ma sarebbe uno scopo.

Da quel che si è detto, chiaro apparisce il rapporto che passa tra questo e il problema della pluralità e dell'unicità dell'azione.

Da tutto ciò ricaviamo un corollario, che coincide con una teoria, nella quale ci siamo imbattuti nel capitolo precedente. Quando il mezzo adoperato sia parte integrante, e quindi inseparabile, del tentativo, si risponde del tentativo soltanto. Così risponde d'omicidio tentato e non anche di lesione colui che, volendo uccidere, ferisce e non uccide. Viceversa, quando il mezzo adoperato non sia parte integrante del tentativo, e sia quindi separabile, si risponde del tentativo e del mezzo adoperato. Così risponde d'omicidio tentato e di incendio

colui che, volendo uccidere, si serve dell'incendio come mezzo. Lo stesso va detto per l'omicidio consumato. E, qui, ripetiamo che tale soluzione ha un semplice valore teorico, poichè essa non può funzionare con quei codici, che hanno creato uno speciale titolo d'omicidio commesso con mezzo di comune pericolo.

Però, secondo la nostra teoria, mentre chi commette dei reati separati, o accidentalmente inseparabili, risponde di tutti i reati, chi commette delle lesioni, naturalmente o giuridicamente inseparabili, risponde d'un reato nuovo, dovuto alla violazione di diversi beni, che sono presenti alla coscienza del reo, se non tutti come intenzioni, certo come rappresentazioni. E questo, assai spesso, è stato fatto dal legislatore.

Del resto, coloro, i quali insegnano che il nesso di mezzo a fine escluda la pluralità e, quindi, il concorso di reati, s'impigliano in una serie di tergiversazioni. Infatti, se l'unità del reato è determinata dall'unità dello scopo propostosi dal colpevole, bisognerebbe confessare che il titolo del reato debba determinarsi sempre dal punto di vista dello scopo. Invece, questo principio è accettato (nè potrebbe, senza assurdo, avvenire altrimenti), sol quando la lesione, che servì di mezzo, e l'altra, che ne è lo scopo, siano della stessa gravità; mentre, invece, quando esse siano di diversa gravità, si accetta un altro principio, per cui il titolo del reato è dato dalla lesione più grave, ciò che significa riconoscere nel reato, che servì di mezzo, una personalità e una importanza, che prima le si era negata. Similmente, della lesione minore ora fanno un elemento costitutivo d'un altro reato, ora fanno una qualifica legale, ora fanno una circostanza che sarà dal giudice valutata nell'applicazione della pena [1]).

Noi, invece, non abbiamo bisogno d'impigliarci in questo ginepraio. Per noi, le lesioni o sono separate o accidentalmente inseparabili, ovvero sono naturalmente o giuridicamente inseparabili. Nella seconda ipotesi, si ha, come si è detto or ora, un reato nuovo, di cui le lesioni concorrenti sono gli elementi costitutivi. Nella prima, invece, vi sono sempre due reati, e due reati distinti, per quanto acci-

---

[1]) Il BRUSA, poi (op. cit., loc. cit.), riconosce che vi sia un concorso reale, ma che tuttavia il reato è unico e qualificato, concetto esatto di fronte a speciali ipotesi legislative, in cui i due reati sono compresi e fusi, ma non accettabile nel campo scientifico. Ben a ragione, il MASUCCI (op. cit., n. 90) osserva che l'opinione contraria alla nostra sia, in gran parte, dovuta agli stessi codici, i quali, formando tanti reati con più lesioni distinte, non han fatto avvertire, praticamente, i pericoli ai quali con essa si andrebbe incontro. E, per questo, aggiungiamo noi, il PESSINA (op. cit., loc. cit.) cita, come esempio, l'omicidio a scopo di furto e il CARRARA (op. cit., loc. cit.) cita, come esempio, il furto con effrazione, i quali sono due delitti, che i codici tutti prevedono in modo speciale.

dentalmente coordinati. Ciò, intanto, non impedisce al legislatore di costruire, per ragioni tecniche, dei reati nuovi, formati dal reale concorso di reati diversi.

68. Il concorso reale dei reati ha dato luogo ad una apposita terminologia. Poichè rimane sempre ferma la condizione che i reati siano commessi dalla stessa persona, si dice che vi sia connessione « *cronologica* » o « *accidentale* », quando essi siano commessi nello stesso tempo, non occorrendo però che essi siano commessi anche nello stesso luogo, benchè ciò accada di frequente. Si ha, ad esempio, questa connessità allor che, in una rissa, si uccide l'uno e si ferisce l'altro, nello stesso tempo e nello stesso luogo, ovvero, dopo aver ucciso l'uno, s'insegue l'altro e si uccide, in modo che questo secondo omicidio avvenga in un altro luogo e in un altro tempo immediatamente successivo. Si dice che vi sia connessione « *giuridica* », quando una lesione giuridica, benchè da sè stessa esaurisca gli elementi d'un reato, tuttavia diventa elemento d'un altro reato maggiore, di cui entra a far parte. Ciò si verifica, spesso, per la minaccia e la violenza, che diventano gli elementi costitutivi dello stupro, della rapina e simili. Si dice che vi sia connessione « *ideologica* », quando i due reati siano stretti dal vincolo di mezzo a fine. Così quando si uccide il custode per penetrare nella casa e rubare. Si dice che vi sia connessione « *ontologica* » o « *materiale* », quando un reato facilitò l'altro, ovvero quando un reato servì di mezzo all'altro, pur non essendo, però, ad esso preordinato. Questa duplice possibilità si verifica, rispettivamente, nel caso di chi causa un danno, per attirare altrove gli sguardi, che altrimenti sarebbero rivolti sul luogo del delitto; nel caso di chi, avendo ucciso il nemico per odio o per subitanea ira, lo deruba per un divisamento susseguito all'omicidio. Si dice che vi sia connessione « *conseguenziale* », quando un reato è servito per disperdere le tracce d'un altro reato, ovvero quando è servito per procurarsene l'impunità. Ad esempio, si verifica quest'ipotesi, allor che s'incendia la casa macchiata di sangue o si uccide il derubato o un testimone [1]).

69. Chiudiamo con due teoremi relativi al procedimento.

Se il concorso reale, come di già sappiamo, è escluso soltanto, — poichè il reato continuato e il così detto concorso formale si svolgono in orbite diverse —, da una sentenza di condanna, che separi l'uno dall'altro reato, è evidente come alla sua sussistenza non sia

---

[1]) Intorno a questa nomenclatura, si veggano: CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*: *Simulazione di reato*. Torino 1882. — Id., *Programma*, § 167. — Id. *Ratto improprio e violenze private*, negli *Opuscoli*, III. — Id., *Pensieri sul Progetto di Codice penale italiano*, pag. 147. Lucca 1878. — IMPALLOMENI, *Il Codice penale illustrato*, vol. I, loc. cit. — LANZA, op. cit., loc. cit.

necessario che tutti i reati siano conosciuti in un solo giudizio; vale a dire: il concorso si ha anche quando, dopo una sentenza di condanna per un reato, si giudichi di un altro reato commesso prima di essa [1].

È, però, del pari evidente, che, per quanto è possibile, sia utile riunire i vari reati in un sol giudizio, allo scopo di meglio integrare e definire la personalità del delinquente [2].

II.

70. Se è facile riconoscere l'esistenza di un reale concorso di reati, e — tranne le divergenze già note — vi è accordo nel riconoscerlo, è, al contrario, assai difficile e oltremodo controversa la determinazione concreta della pena a cui deve assoggettarsi colui che ne sia reo.

Le ricerche, che imprendiamo, si riferiscono così al concorso reale dovuto a più azioni, come a quello dovuto ad un'azione sola.

Ma, come vedremo, l'eccessiva importanza che, in questo campo, si è attribuita alla determinazione della misura della pena, ha fatto sì che il problema si sia spostato, trascinandolo dall' orbita della responsabilità in quella dell'applicazione della pena.

Ad ogni modo, cominciamo con studiare i sistemi, che appunto intorno all'applicazione della pena sono stati proposti.

Il regime, che, primo, si presenta alla mente dell' osservatore e dello studioso è quello del cumulo materiale, regime per cui ad ogni reato si applica la pena, che gli spetterebbe, anche se con altri non coesistesse, e tutte le pene si sommano.

Esso non solo è il primo che si presenta alla nostra mente, ma è forse anche il primo che si sia presentato alla mente dell' uomo.

Però, contrariamente all'opinione corrente, non può dirsi che esso fosse stato, sempre e in ogni caso, accolto nel Diritto romano. Chè, nel Diritto romano, occorre distinguere epoche diverse e diversi reati e, anzi, qualche volta, al reo di più reati s'irrogava la

---

1) Nello stesso senso, PUCCIONI, *Il codice penale toscano illustrato*, vol. II, pag. 252. Pistoia 1855-59. — PESSINA, op. cit., loc. cit. — BERNER, op. cit. § 148. — MERKEL, *Die Strafanwendung durch den Richter*, § 10 e seg. in HOLTZENDORFF'S *Handbuch des deutschen Strafrechts*, II. Berlino 1871. — LISZT, op. cit., § 57. — WACHENFELD, *Theorie der Verbrechenskonkurrenz*, IV. Berlino 1892. — ROSENBLATT, *Die Strafenconcurrenz. Lehre von der Verbrechens-Concurrenz*, pag. 32. Teschen 1879. — MASUCCI, op. cit., n. 96.

2) Nello stesso senso, PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, vol. II, p. II, c. XII, Torino 1864-72. — HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, VI § 458. Paris 1867. — BORSARI, *Dell'azione penale*, § CXI. Torino 1866. — MASUCCI, op. cit., n. 97.

pena di morte, che pure non corrispondeva ad alcuno dei reati concorrenti [1]).

Verso il cumulo materiale delle pene si tornò nell'evo medio. E, poi, da questo sistema si passò agli altri, piuttosto per mitigare l'asprezza delle pene risultanti, che per essersi scorto in esso un intimo assurdo [2]).

Contro di questo sistema sono state mosse tante e tante obiezioni. Riassumiamole.

Si dice che il cumulo materiale delle pene e, quindi, la non interrotta esecuzione di esse fa sì che il dolore sentito da colui che vi è soggetto, sia maggiore della somma dei dolori delle singole pene: onde, mentre i reati e le pene inflitte si addizionano, le sofferenze prodotte dalle pene si moltiplicano; mentre i reati e le pene inflitte crescono in progressione aritmetica, le sofferenze prodotte dalle pene crescono in progressione geometrica.

Si dice che l'uomo, quando si decide a commettere un secondo reato, senza avere, ancora, riportata condanna pel primo, sia meno reo di quanto non fosse allor che si decise a commettere quello.

Si dice che, con il cumulo materiale, il reo di più reati lievi viene a punirsi più aspramente del reo d'un reato grave, mentre, invece, subiettivamente, questo è più temibile di quello e, obiettivamente, più violazioni di un diritto meno importante non possono uguagliare o superare la violazione d'un diritto assai importante.

Si dice che il cumulo materiale, spesso, non può nemmeno applicarsi, poichè la vita umana non basta per scontare tante pene, e che, ad ogni modo, sarebbe più semplice confessare che, in realtà, non un cumulo di pene temporanee si applica, ma una pena perpetua.

Si dice che chi commette più reati ha, con il più grave di essi, già rivelato una energia criminosa, nella quale sono comprese le energie criminose minori, necessarie per la perpetrazione degli altri reati; onde si tien conto di questi per rendere più aspra la pena, ma non possono applicarsi tutte le pene, poichè, se la pena, meritata

---

[1]) MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, p. 379. Leipzig 1899 — LANDUCCI, *Storia del Diritto romano*, vol. I, § 400. Verona 1898 — FERRINI, in questa stessa *Enciclopedia*, vol. I, pag. 133 e seg. — HÖPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, pag. 7 e seg, Berlin 1901.

[2]) Per iscorgere questo passaggio, si consultino FARINACIO, *Theoria et Practica criminalis*, quaest. XXIII. — CLARO, *Practica civilis et criminalis*, l. V, qu. LXXXIV. — COVARRUVIA, *Variarum resolutionum libri*, lib. II, c. X. — ANGELO ARETINO, *De maleficiis: verba injuriosa*, n. 6. — CARPZOVIO, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, quaest. CXXXII e l' osservazione I che a questa quistione fa il BOEHMERO, *Observationes selectae ad B. Carpzov*. (loc. cit.).

dal reato maggiore, è tale da distruggere la maggiore energia criminosa, le altre pene colpirebbero, come se fossero tante speciali energie, quelle che non sono che le manifestazioni di un'energia maggiore.

Si dice, finalmente, che, con il cumulo materiale, si arriva a far compiere dei veri viaggi al condannato, il quale deve, di necessità, passare da una casa, in cui si sconta una specie di pena, ad un'altra in cui se ne sconta un'altra e poi ad un'altra in cui se ne sconta un'altra......

Che dire di queste obiezioni?

Noi cominciamo con rifiutare quest'ultima obiezione, la quale, benchè sia dovuta allo Impallomeni [1]), non ha tuttavia un valore costante. Di fatti, essa ha grandissima importanza sol contro quelle legislazioni, che prevedono complesse scale di pene, ognuna delle quali ha, a ciascheduno dei suoi gradini, una particolare specie di pena, e questo lo vedremo, parlando, tra poco, di qualche Codice dell'America del Sud. Essa, al contrario, non ha più importanza con le legislazioni più moderne e progredite, le quali, avendo pochissime specie di pene, non darebbero luogo a nessun assurdo, se ad esempio, dopo avere scontato un certo numero d'anni di reclusione, il condannato passasse alla casa di detenzione. Che resta, poi, d'una tale obiezione, quando si pensi che, per le legislazioni che hanno accolto il sistema graduale o irlandese, una specie di pena corrisponde, in qualche modo, al secondo periodo della specie di pena più grave? Che resta, poi, d'una tale obiezione, quando si pensi che, assai di rado, in uno stesso penitenziario v'è modo di scontare i vari stadi d'una stessa specie di pena?

Rifiutiamo, anche, la penultima obiezione, dovuta al Masucci [2]). A noi pare — e il nostro valoroso amico ce lo perdoni — che, con essa, si arrivi difilato alla giustificazione del sistema dell'assorbimento, sistema contro cui egli stesso protesta. Difatti, se le energie dei reati minori non sono che manifestazioni della energia criminosa del reato maggiore, dovrebbe, in tutti i casi, bastare la pena, comminata a questo reato maggiore, poichè le altre pene, per quanto diminuite e ridotte, non arriverebbero che quando nessun rimasuglio d'energia criminosa è più rimasto da combattere. E poi, egli si limita a far l'ipotesi d'un reato maggiore, accompagnato da reati minori. Che si dirà allor quando si commettano parecchi di tali reati maggiori?

---

[1]) IMPALLOMENI, *Il Codice penale italiano illustrato,* vol. I, n. 112 e seg.

[2]) MASUCCI, op. cit., n. 98.

Chi può dimostrare che abbia torto colui, il quale affermi che, in tal caso, si riveli una energia criminosa che non può distruggersi se non con l'applicazione di tante e tante pene, se non con l'applicazione d'una pena perpetua?

Rifiutiamo anche la prima obiezione. Essa, che pure è dovuta al Mittermaier [1]), si fonda su di un presupposto non dimostrato. E il presupposto è questo: mentre a più reati (e, per esser più chiari, facciamo l'ipotesi di reati simili), applicandosi le diverse pene che singolarmente li avrebbero colpiti, si dànno delle pene, che, aumentano secondo una progressione aritmetica:

2, 4, 6, 8, 10, 12,

le sofferenze da esse prodotte aumentano, invece, secondo una progressione geometrica:

2, 4, 8, 16, 32, 64.

Ora, non solo non è dimostrato che le sofferenze prodotte dalla privazione della libertà, protraendosi, diventano più intense; ma, forse, può sospettarsi che avvenga tutto l'opposto, per l'opera benefica dell'abitudine e per quel che diremo tra poco. Ad esempio, si dimostra che un godimento qualsiasi, protraendosi, decresce e finisce per estinguersi, e che un godimento, ripetendosi, ha una intensità iniziale minore e una durata più breve di prima e la sua intensità e la sua durata decrescono tanto più quanto più rapidamente seguono le ripetizioni [2]). Lo stesso avviene per la pena: perciò tutti gli studiosi della vita carceraria sono concordi nel riconoscere che lo scoraggiamento assale i condannati nei primi giorni, e, appunto nei primi giorni, avviene il maggior numero dei suicidi [3]). Per le medesime ragioni, non crediamo che valga la pena

---

[1]) Ecco le precise parole del MITTERMAIER: « Ein Zusammenrechnen aller verwirkten Freiheitsstrafen würde ungerecht werden, weil durch ein Addiren aller zu verschiedenen Zeiten verdienten Strafübel die Intensität des Strafübels nicht in arithmetiscer, sondern in geometrischer Progression gesteigert würde, was eine Ungerechtigkeit begründete ». Esse si trovano nella nota LV al § 126 dell'opera del FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, pag. 216. Giessen 1847. Nello stesso senso, CARRARA *Programma*, § 729. — PESSINA, op. cit., I, pag. 309. Intorno all'influenza esercitata da questo principio, si consulti HÖPFNER, op. cit., I, pag. 96. — In senso contrario, MECACCI, *Trattato di diritto penale*, vol. II, c. 25. Torino 1902.

[2]) Sulla decrescenza delle sensazioni piacevoli, si consulti: GOSSEN, *Entwickelung der Gesetze des menschlichen Verkers und der daraus fliessenden Regeln für menschlichen Handeln*, pag. 4 e seg. Berlin 1899.

[3]) Si consultino, tra gli altri, VOISIN, *L'emprisonnement cellulaire en Belgique*, nel *Bulletin de la Société générale des prisons*, XII, XIII e GUELTON, *La cellule et*

di discutere se si provi maggiore afflizione e si subisca maggior danno nel pagare, in una volta sola, una determinata somma, piuttosto che nel pagarla in più rate diverse.

E non ci convince la seconda obiezione, che è stata proposta dal Berner [1]). Non si comprende come colui, che, per la seconda volta, commette un reato, sia meno colpevole di quanto fosse, allor che lo commetteva per la prima volta. Anzi, tutto induce a pensare che fosse più colpevole. Il non aver riportato condanna per il primo reato ad altro non può servire che a distinguerlo dal recidivo, e anche questo dobbiamo intendere con ossequio ragionevole, così come si disse e come diremo.

Nè ha valore la terza obiezione, che pure ha qualche seguito [2]). Essa, difatti, è equivoca: è equivoca perchè, ad ogni modo, bisognerebbe dimostrare che l'autore di tanti piccoli reati non possa mai meritare una pena eguale a quella, di cui è colpito l'autore d'un sol reato grave; ed è equivoca, perchè, con essa, si fa il comodo paragone tra l'autore di molti piccoli reati e l'autore d'un grande reato, mentre — secondo quel che l'esperienza ci dice — si sarebbe dovuto fare anche il paragone tra l'autore d'un grande e di più piccoli reati e l'autore d'un grande reato, tra l'autore di più grandi reati e l'autore d'un sol grande reato, chè, in tal caso, si sarebbe dovuto riconoscere che quelli sono soggettivamente più temibili di questi ed un maggior danno producono.

Gran valore, invece, ha l'ultima obiezione — anch'essa spesso ripetuta — obiezione per cui si dice che, nella natura delle cose, si trova un limite, oltre il quale non potrebbe applicarsi il cumulo materiale, poichè una pena restrittiva troppo lunga equivale ad una pena perpetua ed una pena pecuniaria troppo grossa equivale ad una spoliazione. Onde, comunque si faccia, il cumulo materiale si può applicare sino ad un certo punto e non oltre, e non si applica più, appunto nei delitti più gravi. Nè si dica, come osservava il Ferri [3]), che si potrebbe applicare il regime del cumulo materiale fin che non si arrivi al limite estremo stabilito dalla legge, poichè

---

son influence à la prison de Louvain, nella *Revue pénitentiaire*, XIX. Qui non mi occupo della segregazione cellulare; quindi non debbo fermarmi sulle malattie, che essa, quando sia troppo prolungata, può produrre.

[1]) BERNER, op. cit., § 162. Questa opinione, manifestata nella XIII edizione, non vedo riprodotta dal corrispondente § 146 della edizione XIV.

[2]) E basti ricordare l'autorevole opinione del TUOZZI, op. cit., I, 241.

[3]) Discussioni della Camera dei deputati: discorso FERRI (tornate 26, 28 maggio 1888).

il risultato sarebbe sempre quello: il cumulo materiale ora si applicherebbe ed ora no.

Ma il cumulo materiale ha un vizio più intimo.

L'esperienza della vita ci dice che, dal punto di vista morale, il bene o il male fatto da un sol uomo, non è mai perfettamente uguale al bene o al male, della stessa quantità, fatto da più uomini, benchè, dal punto vista sociale, come vantaggio o come nocumento possano perfettamente equivalere. Così sentiamo che la virtù di chi compie due opere buone non è mai perfettamente uguale alla somma delle virtù di due uomini, che, separatamente, le hanno compiute, e la malvagità di chi compie due opere inique non è mai perfettamente uguale alla somma delle malvagità di due uomini, che, separatamente, le hanno compiute.

A che cosa, dunque, sarà uguale una tale virtuosità o una tale malvagità? Tenteremo di determinarlo tra poco.

Qui, diciamo che i sostenitori della teoria della retribuzione ben possono accogliere il sistema del cumulo materiale, fin quando non s'ingeneri nell'animo loro il sospetto che le pene, cumulandosi, si moltiplicano e non si sommano; ma noi che vediamo, nella pena, una difesa sociale attuata mediante la coazione psicologica e sentita come sanzione, noi che vogliamo, per quanto più sia possibile, individualizzare la pena, non possiamo accettarlo.

71. Il sistema opposto a questo del cumulo materiale è il sistema dell'assorbimento, per cui l'autore di più reati vien punito con la pena, comminata per il reato più grave, e in essa spariscono e si riassorbono le altre.

I maggiori difensori di questo sistema sono stati il Carmignani ed il Bertauld.

Dice il Carmignani: se il male, di cui volle la legge incutere il timore con la sua minaccia, non ha altro scopo che quello di assicurare la forza morale della pena, tale scopo è raggiunto con l'irrogazione del male più grave [1]).

Dice il Bertauld: se la pena è destinata a rimuovere l'uomo dal reato e se la pena deve essere sufficiente per rimuoverlo, bisogna presumere che se, al primo reato, fosse seguìta la pena, il reo non avrebbe commesso il secondo. Onde le pene degli altri reati sono inutili e ingiuste, poichè, sino a prova contraria, si deve presumere che, ad allontanare l'uomo dal reato, basti la pena maggiore che può anche applicarsi nel massimo [2]).

[1]) CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale,* III, 337.

[2]) BERTAULD, *Cours de code pénal,* XIV. Paris 1854.

A queste argomentazioni da altri si aggiunge che, come l'autore di due reati puniti di pena perpetua non può subire che una sola di queste, non potendosi passare alla pena di morte, così non v'è ragione perchè da questa regola si debba escludere l'autore di più reati punibili con pena temporanea, il quale, di conseguenza, dovrebbe assoggettarsi ad una sola pena: alla più grave [1]).

A quest' ultima argomentazione facilmente si risponde che troppo vasta e generale è la conseguenza che si vuole trarre dal rincrescimento che tutti provano nell'applicare la pena di morte, si risponde che essa non ha valore, quando la pena di morte sia abolita; si risponde che, mentre la società è a bastanza difesa contro il condannato ad una pena perpetua, non può dirsi che lo sia contro un condannato ad una pena temporanea.

La seconda argomentazione è anche da rifiutare. È da rifiutare, perchè, se si parla di pena soltanto inflitta, si può rispondere che il delinquente, anche prima di aver commesso il primo reato, e dopo averlo commesso, non ignorava che una pena dovesse colpirlo e, se si parla di pena scontata, si deve cancellare dai codici ogni traccia di concorso di reati e forse anche ogni traccia di recidiva. È da rifiutare, perchè il massimo della pena può essere meritato da un sol reato, senza che questo massimo possa ulteriormente coartare una volontà ancora ribelle alla legge.

A questa seconda argomentazione e alla prima si risponde che il reo, il quale può — dall'idea di dover subire una nuova pena — essere trattenuto dal commettere un nuovo reato, quando, invece, sappia che nessuna altra pena potrà colpirlo, si sottrae, necessariamente, ad ogni specie di coazione che lo Stato possa, eventualmente, esercitare su di lui.

72. Tra questi due sistemi, è sorto un sistema intermedio, che suol chiamarsi del « *cumulo giuridico* » o dell'« *intensiva cumulazione* » o del « *cumulo materiale ridotto* ».

A questo cumulo, secondo lo Habermaas, si arriva così: « è riconosciuta per ciascun delitto concorrente la pena corrispondente, si addizionano le singole pene, e dalla somma si fa una sottrazione, in modo che la pena totale risultante sia uguale *in intensità* alla quantità complessiva delle singole pene meritate ». Di conseguenza, se le varie pene sono tra di loro incompatibili, esse sono tutte pronunziate quantunque ne sia eseguita una sola, e sono tutte pronunziate per eseguirsi, quando la pena, che normalmente si deve ese-

[1]) RAFFAELLI, *Nomotesia penale*, V, teorema XIII. Napoli 1824-26.

guire, fosse estinta senza essere scontata, ad esempio, per grazia: la pena, che si sconta, deve essere inferiore alla somma di tutte le singole pene comminate ai singoli reati, che si sono commessi. Se le pene sono omogenee, esse si sommano e si riducono, senza che si possa passare ad un genere di pena superiore; se, invece, sono eterogenee, ogni genere di pena subisce la sua riduzione, in modo che il reo, ridotte, tutte le sconta [1]).

A questo cumulo, secondo il Pessina, si arriva così: il cumulo giuridico « imprime al concorso dei reati la nota di una mera contingenza aggravatrice, ma *dandogliene le apparenze*, si istituisce una valutazione approssimativa, mediante *conversione del tutto insieme delle pene dovute al colpevole di più reati* » [2]).

A questo cumulo, secondo lo Zuppetta, si arriva così: « il reiteratore va punito coll'unica pena corrispondente al reato più grave o corrispondente ad uno dei reati uguali. Ed a questa pena unica si vuole aggiungere un determinato e modico aumento.... *modico* aumento si dice, giacchè se l'aumento fosse esagerato, si correrebbe per via indiretta verso il condannato cumulo delle pene », cioè verso il cumulo materiale [3]).

Come si vede, il cumulo giuridico non ha una natura propria. Esso ora si concepisce come un cumulo materiale, da cui si sottrae qualche cosa, ora si concepisce come un assorbimento, a cui qualche cosa si aggiunge. E questo non è tutto: come vedremo nel prossimo paragrafo, non v'è una sola legislazione la quale abbia potuto applicare il cumulo giuridico, sempre. Anche le legislazioni, che più altamente hanno proclamato la eccellenza di esso, hanno poi, in gran parte, applicato il regime del cumulo materiale alle pene pecuniarie e il regime dell' assorbimento in tutti i casi nei quali le pene incorse avrebbero sorpassato il massimo legale di ciascheduna pena.

Quindi, il sistema del cumulo giuridico, che ora nasce per temperare l'eccessivo rigore del cumulo materiale ora nasce per temperare l'eccessiva mitezza dell'assorbimento, finisce con avere i difetti dell'uno e dell'altro. Infatti, se la simultanea applicazione di due pene produce un dolore ed un danno maggiore che non sia la somma di due pene separatamente applicate, non si comprende perchè questo argomento, per le pene pecuniarie, debba cominciare a valere più tardi; e se l'assorbimento è un incitamento al delitto, è chiaro che

---

[1]) HABERMAAS, *Die ideale Konkurrenz der Delikte*, pag. 97 e seg. Stuttgart, 1882.

[2]) PESSINA, op. cit., I, p. 312.

[3]) ZUPPETTA, op. cit., vol. I, § 345, vol. II, §§ 610, 611.

questo eccitamento sussiste anche quando, con il cumulo giuridico, si sia arrivato ad un massimo di pena insuperabile. Onde quelli che volevano fare dello spirito, ben potettero dire che vi sia una misura penale per quelli che delinquono al minuto e un'altra per quelli che delinquono all'ingrosso [1]).

Nè questo sistema si può giustificare come lo giustificava il John, qnando diceva che, se al *danno giuridico* dovrebbe rispondere il cumulo materiale delle pene e al *dolo giuridico* dovrebbe rispondere l'assorbimento, si arriva, per via logica, al sistema intermedio d'un aumento proporzionale, perchè le due forze contrarie producono una risultante comune [2]). E così non può giustificarsi, perchè, come, notava il Pessina, se tanto dal lato esterno come dal lato interno vi è pluralità di negazioni del diritto, non vi è ragione perchè ciascheduno di tali lati debba assoggettarsi ad un diverso regime penale [3]).

Tutti e tre, dunque, questi sistemi hanno dei vizî organici. Perciò, tranne qualche rara e non imitabile eccezione, i legislatori sono stati sempre costretti ad applicarli insieme e uniti.

Quale sistema, dunque, bisognerà ad essi sostituire?

73. L'Impallomeni, dopo aver notato che con il cumulo giuridico si accetta, come principio, il cumulo materiale, per renderne poi meno aspre le conseguenze, osserva: « il vero è che il *cumulo delle pene* è intrinsecamente irrazionale, appunto perchè è concetto irrazionale il *cumulo dei reati*. Le delinquenze *concorrono*, ma *non si accumulano;* va crescendo soltanto la responsabilità del delinquente col crescere dei reati. Le varie offese all'ordine giuridico commesse da una stessa persona non possono dal legislatore essere considerate come indipendenti l'una dall'altra, e come tali soggette a corrispondenti penalità speciali, perchè vengono fuori improntate da un carattere comune, che le unifica sì nel rispetto obiettivo che nel rispetto subiettivo. Nel primo rispetto, avvegnachè i reati tutti hanno una comune direzione generale: la ribellione contro l'ordine giuridico della società. Nel secondo rispetto, per il motivo che, quantunque molteplici siano le determinazioni criminose, una sola è la volontà ribelle all'ordine giuridico ». Di conseguenza, come un fiume cresce e s'ingrossa lungo il suo corso, senza perdere la sua personalità, così la responsabilità cresce e s'ingrossa percorrendo la via del delitto, senza che vi siano più e diverse responsabilità. Il legislatore, nel proteggere l'ordine giuridico, determina la respon-

---

[1]) GAROFALO, *Criminologia*, pag. 364 e seg. Torino 1891.

[2]) JOHN, *Lehre vom fortgesetzen Verbrechen*, pag. 163 e seg. Berlin 1860.

[3]) PESSINA, op. cit., I, pag. 309.

sabilità del delinquente in rapporto a ciaschedun bene giuridico specialmente protetto, ma questo non importa che il delinquente « soggiaccia » a tante responsabilità quante sono le violazioni da lui causate, e non importa ciò poichè obietto della legge penale non è il reato in sè, ma è il ristabilimento dell'ordine giuridico violato, che si ottiene con la punizione del reo. Ogni nuovo reato non è dunque la fonte d'una nuova responsabilità, ma è la fonte d'un ulteriore aggravamento della responsabilità già esistente. La legge punisce non il reato in sè, ma punisce il delinquente a causa del reato; e se, questo è vero per un sol reato, è anche vero per un concorso di reati; onde i varî reati sono i varî elementi concorrenti della responsabilità, la quale sarà più o meno grave, ma sarà sempre una. « Se, adunque, il delinquente di più reati si presenta in giudizio con responsabilità unica, non v'ha cumulo di reati, giusto perchè non v'ha cumulo di responsabilità penali; vi sono soltanto diversi reati i quali agiscono come cause concorrenti di unica incriminazione. E se *cumulo di reati* non v'è, non può esservi nemmeno *cumulo di pene* ».

Da ciò si ricava, necessariamente, e come conseguenza diretta, che i reati concorrenti debbano assoggettarsi, non soltanto ad una *unica applicazione di pena,* ma anche ad un'*unità di pena.* L'*unità di pena*, poi, nel concorso di reati, deve essere *progressiva*, deve essere, cioè, proporzionata al numero e alla qualità delle delinquenze, prendendo, come punto di partenza, la pena che s'infligge al reato più grave: « Non *cumulo* quindi, ma *progressione* di pene. La quale, derivando dal principio dell'unica responsabilità del delinquente, non può mai riuscire uguale, in durata o in intensità, all'insieme delle pene dovute per ciascun reato; perciocchè siffatta responsabilità si aggrava per nuovi reati, ma non può raddoppiarsi, triplicarsi, moltiplicarsi. L'unità della penale responsabilità non è la somma di più responsabilità : ecco perchè un computo aritmetico, desunto dalla pena minacciata per ciascun reato, non può farsi sulla reità di un uomo colpevole di più reati ». Le differenze tra il regime del cumulo giuridico, conclude l'Impallomeni, e questo della pena progressiva sono varie. Con quello bisognerebbe accumulare le pene sempre e senza alcun limite, con questo, invece, non si può mai, sommando pene temporanee, arrivare ad una pena perpetua, con quello e non con questo si assiste allo spettacolo d'un condannato che passa da una casa di pena ad un'altra, in cui si sconta una specie di pena diversa; con questo non può darsi luogo ad assorbimento o a cumulo materiale di pene o alla possibilità di sor-

passare la somma delle singole pene; con questo, è necessario che l'unica pena progressiva si applichi anche per i reati commessi dopo una condanna e prima che la pena da essa inflitta sia estinta [1]).

Il punto di partenza del nostro insigne amico ci pare d'una evidenza tangibile, d'una di quelle evidenze che fan subito esclamare: come mai a cosa così semplice non si era pensato prima?

Come abbiamo notato altra volta [2]), se obietto del momento legislativo è il reato, obietto del momento giudiziario è il reo. Nel momento legislativo, bisogna, di necessità, avere di mira il reato, ma, nel momento giudiziario, bisogua avere di mira il reo: il legislatore ha di mira i singoli beni giuridici, che si violano, e quindi le norme che li tutelano; il giudice non ha a sè dinanzi due, tre, quattro rei chiusi in una stessa pelle, ma un reo solo. Invece, con le teorie dominanti, come si svolge la pratica giudiziaria? Il giudice, che ha dinanzi a sè un delinquente reo, per esempio, d'un omicidio, d'uno stupro e d'un furto, comincia con scinderlo in tre persone, ad ognuna infligge una pena diversa e distinta, e, anzi, ad una concede le circostanze attenuanti generiche, che nega alle altre due; poi, accorgendosi che quelle tre persone non sono che una persona sola, riduce le pene, e le riduce sol perchè sospetta che la loro somma possa produrre un dolore eccessivo e sempre crescente.

Ma, se è incontrovertibile il principio da cui l'Impallomeni prende le mosse, sono, a nostro modo di credere, da rifiutare i successivi atteggiamenti della teoria e la conseguenza finale, a cui egli arriva.

Noi non crediamo che sia, praticamente, fecondo il dire che i reati *concorrono,* ma non si *cumulano,* e che, quindi, se non vi è cumulo di reati, non vi può esser nemmeno cumulo di pene. Il titolo — « del concorso di reati e di pene » —, difatti, non ha, mai, impedito ad alcuna legislazione di decretare il cumulo giuridico!

Se, con le teorie dominanti, si dà ai singoli reati, commessi da una sola persona, una eccessiva importanza, da valutarli (fin, quasi, all'ul-

---

1) IMPALLOMENI, *Concorrenza reale e concorrenza formale dei reati,* § 2. Catania-Palermo 1884-86. — Id., *Il codice penale italiano illustrato,* vol. I, n. 115 e seg. Firenze 1890. Intorno al concetto dell'unica responsabilità, ma con un' argomentazione che può portare al regime dell'assorbimento, si vegga anche FARANDA, *Il titolo del reato,* pag. 547. Catania, 1885.

2) ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità,* vol. I, parte III, c. I. Torino 1894.

timo momento) come dei reati commessi da persone diverse, con la teoria dell'Impallomeni si corre il rischio di cadere nel vizio opposto, perdendo quasi di vista i singoli reati, che si trasformano quasi in un reato unico di cui sono gli elementi.

Egli, quando conclude che la pena unica progressiva debba determinarsi « in ragione del numero e della qualità delle delinquenze, prendendo a punto di partenza la pena minacciata pel reato più grave », senza, però, che essa possa mai « riuscire uguale, in durata o in intensità, all'insieme delle pene dovute per ciascun reato », egli fa, senza volerlo, del cumulo giuridico bello e buono.

E qui bisogna tener presente la ragione del punire.

Perchè si punisce? Per retribuire il male con il male, o, per emendare il reo, o per difendere la società? Noi pensiamo, — nè qui occorre dire perchè —, che la penalità sia una difesa sociale, attuata mediante la coazione psicologica, e sentita dai consociati come sanzione, e dicemmo quale, in questa duplice funzione, sia il valore e il significato della giustizia [1]).

Tutto il problema, dunque, si riduce a questo: applicare a quel determinato reo un trattamento, che risponda ai fini della coazione psicologica e della sanzione.

74. Noi pensiamo, e in ciò siamo d'accordo con l'Impallomeni, che la responsabilità del reo di più reati non sia mai uguale alla somma delle responsabilità dei singoli reati. Anche noi pensiamo che la responsabilità del reo di più reati sia diversa assai dalla somma delle responsabilità di più rei, ognuno dei quali abbia commesso un solo reato. E la vita quotidiana ci dà ragione. Incontriamo per via due soldati: l'uno ha sul petto una medaglia al valore, l'altro ne ha due. Se supponiamo che i tre atti di valore siano perfettamente uguali, diciamo forse che il secondo soldato abbia un coraggio ed una bravura doppi del coraggio e della bravura del primo? Certamente no, diremo, invece, tutto, fuor che questo: diremo, forse, o che i loro coraggi e le loro bravure siano uguali, o che il coraggio e la bravura del secondo siano di gran lunga maggiori, perchè si palesano non come episodi, ma come abiti.

E, nello stesso modo, nemmeno nel linguaggio comune, si dice che l'autore di due omicidii abbia una reità *perfettamente* uguale alla somma delle reità di due persone diverse, ognuna autrice d'un omicidio. Dunque, ci domandiamo: se la responsabilità del

---

[1]) ALIMENA, op. cit., vol. I., loc. cit. e *Gli studi del diritto penale nelle condizioni presenti del sapere,* nella *Rivista di diritto penale e sociologia criminale,* I.

reo di più reati non è uguale alla somma delle responsabilità dei singoli reati a che cosa sarà uguale?

Qui ci separiamo dall'Impallomeni, e qui ci separiamo da tutti i sistemi vigenti e proposti. Per l'Impallomeni, la responsabilità risultante è sempre minore della somma delle responsabilità dei singoli reati, ed è minore, poichè, se la pena è proporzionata alla responsabilità, solo una responsabilità minore può giustificare una pena che non raggiunga mai la somma delle singole pene. Nè può pensarsi altrimenti, sol perchè si afferma che il secondo reato aumenti la responsabilità, sorta per il primo, che è il reato maggiore. Questo non può bastare, perchè si potrebbe rispondere che, così, se la responsabilità del secondo reato aggrava la responsabilità del primo, la responsabilità del primo, in un certo modo, viene ad attenuare quella del secondo.

Noi pensiamo che la responsabilità del reo di più reati non sia mai uguale alla somma delle responsabilità dei singoli reati, ma che essa sia, invece, o minore o maggiore di tale somma. E quindi, se essa è minore, non può applicarsi il cumulo materiale, e, se essa è maggiore, non può applicarsi il cumulo giuridico: dell'assorbimento non parliamo nemmeno.

Come mai, dunque, la risultante sarà minore o maggiore?

Il giudice, allor che abbia dinanzi a sè non più persone, ognuna rea d'un reato, ma ha dinanzi a sè una persona sola, rea di più reati, deve tener conto non soltanto dei singoli reati in sè, ma della coordinazione che questi singoli reati raggiungono nella coscienza del delinquente. Come un concorso di più rei può far sì che l'istesso fatto, obiettivamente identico, assuma, per ciascheduno di loro, un diverso aspetto, al pari della luce che produce colori diversi a seconda dei corpi su cui si riposa, così è possibile che l'accumularsi di più reati in una stessa coscienza possa dare una somma diversa dei componenti, come — e uso un altro paragone materiale — avviene nelle combinazioni chimiche.

Io, dunque, comincio con richiamare la distinzione, già proposta nelle pagine precedenti, vale a dire la distinzione tra un concorso *simultaneo* e un concorso *successivo*. E questa è una distinzione non oziosa o arbitraria, ma del tutto rispondente, invece, alla realtà.

Nel concorso simultaneo, io scorgo — a parità di condizioni — una responsabilità minore della somma delle responsabilità dei singoli reati, considerati separatamente.

Dicemmo già come, per taluni scrittori, i reati commessi con una sola azione e i reati commessi *simul ac semel*, ossia commessi

in un sol contesto d'azioni, si dovrebbero unificare in un reato solo. Noi tale teorica l'abbiamo rifiutata, e il lettore già conosce il perchè; ma però è uopo riconoscere, in fondo ad essa, una qualche cosa di vero: e questa qualche cosa di vero è proprio quanto basta per persuaderci di quel che ora affermiamo.

L'uomo che, in un sol contesto d'azioni, e per effetto d'una stessa causale e d'una stessa commozione, uccide due persone ha una responsabilità che non è uguale alla responsabilità di due omicidi, commessi in diverse condizioni, perchè la determinazione, benchè complessa, o è unica o è simultanea, e perchè il secondo omicidio è compiuto, prima ancora che la coscienza si ripieghi su sè stessa per valutare il primo.

Nel concorso *successivo*, invece, io scorgo — a parità di condizioni — una responsabilità maggiore della somma delle responsabilità dei singoli reati, considerati separatamente.

E penso così, perchè, in questa ipotesi, il delinquente si trova in una condizione, diversa, è vero, ma non molto diversa però, dalla condizione, che dà luogo alla recidiva, una volta che si è quasi unanimi nel pensare che, ad aversi recidiva, non occorre che la pena sia stata realmente scontata.

Il concorso simultaneo ed il concorso successivo di due o di più reati differiscono tra di loro, dunque, e differiscono da due o da più reati commessi da diversi individui. Differiscono come un episodio della vita differisce dall'abitudine, come l'esser subito processato e punito differisce dalla latitanza, dalla contumacia e dal disprezzo della legge, differiscono come una sola coscienza differisce da due o da più coscienze. La coscienza collettiva, di fronte a due omicidi commessi da due diverse persone sente e giudica di un modo; di fronte a due omicidi, commessi da una stessa persona in uno stesso contesto d'azioni, sente e giudica di un altro modo; di fronte a due omicidi, commessi da una stessa persona e separati dal tempo e dal disprezzo del potere sociale, che invano cerca di reintegrare il diritto, sente e giudica di un altro modo.

E io ho detto: — a parità di condizioni —, per evitare che ci si possano muovere obiezioni, che partano da esempi maliziosamente scelti in campi diversi, come quando si citassero, contro di me, due delitti atrocissimi e simultanei, è poi due delitti lievi separati l'uno dall'altro! Per giudicare del valore d'un qualunque elemento, bisogna presupporre gli altri costanti!!

E io ho detto: — a parità di condizioni —, anche per comprendere, nella nozione, tutte le valutazioni relative alle qualifiche, alle

diminuenti, ai nessi che possono avvincere i singoli reati. E questo è naturale: la coordinazione non può far sì che i singoli elementi concorrenti mutino la loro indole o perdano la loro personalità.

Come si vede, dunque, per noi il problema assume una posizione ben diversa, dalla posizione che comunemente assume. Comunemente il concorso di reati (almeno quando si tratti di reati non uniti da un qualche vincolo) non dà luogo ad alcun problema, e il problema sorge soltanto intorno alla misura delle pene, e sorge come concorso di pene. Per noi, invece, prima ancor che sorga un problema relativo al concorso delle pene, sorge un problema relativo al concorso dei reati, e sorge per la coordinazione che essi hanno, necessariamente, in una unica coscienza.

Da tutto questo, è facile ricavare qualche cosa, che può servire se non ad una teoria, per lo meno al tentativo d'una teoria.

Dopo quanto siamo venuti esponendo, chiaro apparisce quel che noi pensiamo intorno al significato e al valore d'una responsabilità unica. Responsabilità unica altro, per noi, non significa che questo: il giudice ha dinanzi a sè un sol delinquente e non più delinquenti. Ma, se la responsabilità è l'aspetto esterno, il lato sociale, dell'imputabilità, e se l'uomo è responsabile, perchè e fin che è imputabile, è ovvio che la responsabilità unica comprende l'imputazione per ciascheduno e per tutti i singoli reati. E questo è vero, non solo soggettivamente, nella coscienza del reo, ma è vero, e deve esser vero, anche obiettivamente, nella coscienza dei consociati, che domandano la punizione di tutti i reati.

Quindi, una prima conseguenza: la responsabilità unica sarà quel che sarà, ma non può dirsi, *a priori,* che essa debba essere, e sempre, minore di quella che sarebbe la somma di tante singole responsabilità. Il giudice deve applicare la pena a quel singolo reo, deve applicarla, valutandolo per tutto quello che ha commesso; il giudice non deve obliare che egli applica la pena ad un sol uomo, che ha commesso più reati, e non a più uomini chiusi in una stessa pelle; ma, però, non si può dire, *a priori,* che questa valutazione porti di conseguenza, e sempre, all'applicazione d'una pena non superiore ad un certo numero di anni.

Nelle due specie di concorso, la responsabilità è diversa.

Nel concorso di reati simultanei, vi sono tanti reati concorrenti, ma essi, pur essendo tutti imputabili, perchè tutti voluti dal reo, trovano, ad ogni modo, nell'unicità o nella simultaneità della determinazione, nell'unicità o nella simultaneità dell'azione, nell'unicità dell'avvenimento, qualche cosa che, ad uno dei loro estremi, li unisce e li fonde.

Evidentemente, qui la responsabilità è minore della somma delle responsabilità dei singoli reati, ed è maggiore di quella d'un solo di essi, sia pure il più grave, e, quindi, teoricamente, la pena deve essere minore della somma delle singole pene dei singoli reati e deve essere maggiore della pena d'uno di essi, sia pure il maggiore.

Nel concorso di reati successivi, invece, per ogni nuovo reato deve risorgere e ripigliare il cammino quell'elemento soggettivo, che è appunto l'anima dell'imputabilità, e la pluralità delle determinazioni, e l'intervallo che le separa, la pluralità delle azioni, e l'intervallo che le separa, la pluralità degli avvenimenti, e l'intervallo che li separa, fan sì che ogni reato, assai più che non avvenga nell'altra specie di concorso, abbia una propria individua e indipendente personalità. Nel concorso simultaneo, i reati erano immediatamente uniti dall'avvenimento unico; nel concorso non simultaneo, al contrario, i reati sono uniti dalla pertinacia del delinquente, il quale, dunque, si trova in condizioni diverse, ma — ripetiamolo! — non molto diverse, dalle condizioni nelle quali si trova il recidivo. Evidentemente, qui la responsabilità è maggiore della somma delle responsabilità dei singoli reati; e, quindi, teoreticamente, la pena deve essere maggiore della somma delle singole pene incorse per i singoli reati.

Si direbbe dunque che, nel concorso simultaneo, l'imputazione d'un reato comprende in sè, almeno in parte, l'imputazione d'un altro reato; mentre nel concorso non simultaneo, per ogni reato sorge e si esaurisce una propria imputazione.

Ma io, nel parlare della misura della pena, ho notato che, nel concorso simultaneo la pena, teoreticamente, debbe essere minore della somma delle singole pene dei singoli reati, e che, nel concorso non simultaneo, essa, teoreticamente, debbe essere maggiore. Ho detto « teoreticamente », perchè il risultato teorico va soggetto a variazioni, allor che si applichi all'uomo. Non solo, ma, poichè per determinare la pena risultante mi son servito delle pene componenti, parrebbe che anch'io — senza volerlo e forse inconsciamente — scivoli nel cumulo giuridico.

L'uomo quali mezzi ha egli mai per valutare l'unica responsabilità del reo e per applicare a lui una corrispondente pena, si chiami o non si chiami progressiva? Egli non ne ha che due, e due soltanto: o si serve di mezzi antropologici, procedendo, come il medico, ad una anamnesi, ad una diagnosi. ad una prognosi; ovvero si serve dei singoli reati commessi, deducendo, di conseguenza, dalla

responsabilità d'ogni singolo reato, l'unica responsabilità, e ricavando. di conseguenza, dalle singole pene l'unica pena.

Noi pensiamo che questa seconda via sia la sola via possibile e la sola via giuridica. In tal caso, dobbiamo confessare che l' « istrumento », se non la « teoria », del cumulo, benchè scacciato, ritorna da ogni parte, ritorna irresistibilmente, per la natura delle cose. E ritorna per tutti. Vedemmo, più in là, come esso ritorni anche per l'Impallomeni; vedremo, tra poco, come esso ritorni anche per il legislatore italiano, il quale fa del cumulo giuridico, e lo confessa, pur avendo proclamato di voler battere la via della pena unica........ Noi, dunque, osserviamo i singoli reati, non perchè la teorica del cumulo, qualunque esso sia, ci sembri soddisfacente, ma perchè non abbiamo altri mezzi per valutare l'uomo: i singoli reati, per noi, non sono indipendenti, onde si fa soltanto un cumulo di pene; ma sono, invece, coordinati, onde la loro coordinazione ci dà la responsabilità del reo, a cui si adatta la pena.

Quale sarà dunque la pena del concorso?

Per il concorso simultaneo, la soluzione è facile, e la nozione teòretica coincide con la nozione pratica, poichè non vi è ragione alcuna per pensare che, se la responsabilità è minore della somma delle responsabilità dei reati singoli e maggiore della responsabilità del reato più grave, la pena non debba anche essere minore della somma delle pene concorrenti e maggiore della pena del reato più grave.

Più ardua è la soluzione relativa al concorso successivo, per cui, come dicemmo, si ha una responsabilità più grave della somma delle responsabilità dei reati singoli. In questa ipotesi, teoreticamente, la pena dovrebbe essere sempre maggiore della somma delle pene concorrenti. Tuttavia, noi crediamo che, nella pratica, essa debba essere, normalmente, minore.

E perchè? Noi già, altrove, dicemmo che pena e delitto sono incommensurabili, e cercammo di dimostrare come la determinazione della pena, nel momento legislativo, sia regolata insieme da un criterio sperimentale, per la sua funzione di coazione psicologica, ossia di motivo sensibile contrapposto al delitto, — onde è giusta la pena necessaria e sufficiente —, e da un criterio assoluto, per il suo carattere di sanzione, — onde è giusto che le pene più gravi corrispondano ai reati più gravi —; laddove, nel momento giudiziario, la pena è, in concreto, determinata ancora da questo duplice criterio, a cui si aggiunge, però, anche quello della sua individualizzazione [1]).

---

[1]) ALIMENA, op. cit., vol. I, loc. cit.

Così stando le cose, è chiaro che se, nel concorso di reati, si mostra — così per i fini della coazione come per i fini della sanzione — sufficiente una pena minore di quella, che sarebbe stata la pena teorica, è giusto e opportuno che si applichi, appunto, tale pena minore, perchè — e anche questo dicemmo — è uopo raggiungere il massimo di difesa sociale, con il minimo di sofferenza individuale.

E come mai tale pena si dimostra sufficiente?

Arriviamo a questa soluzione, che può parere inaspettata, per via inversa a quella per cui procedono il Mittermaier e altri con lui, nell'obiettare contro il cumulo materiale. Noi non diciamo che la seconda pena, scontandosi ininterrottamente dopo la prima, si senta più fortemente, appunto perchè vien dopo, e non diciamo ciò, perchè, al contrario, ci pare certo che l'uomo, che si abitua a tutto, finisca con l'abituarsi anche alla pena. Noi, invece, diciamo che la prima pena si sente più intensamente, appunto perchè il delinquente sa di doverne subire una seconda. Di conseguenza, noi non diciamo: « oggi si soffre di più, perchè ieri si è sofferto », ma diciamo: « oggi si soffre di più, perchè si sa di dover soffrire anche domani ». Noi non diciamo che le sofferenze, prodotte dalle pene, aumentano in progressione geometrica, ma diciamo, invece, che esse si accumulano e si moltiplicano nel primo istante e poi, per l'abitudine, vanno scemando. E questo nostro convincimento deriva da un'osservazione semplice della vita quotidiana: il dolore futuro, se è certo, pesa come il dolore presente; onde nel presente si soffre per quel che attualmente si soffre e per quel che si sa di dover certamente soffrire. Quindi, la pena, benchè normalmente minore della somma delle pene dei singoli reati, sarà sufficiente per il modo con cui essa si presagisce e, più tardi, si soffre.

E la speciale dinamica delle pene è tanto più notevole per noi, convinti che la penalità sia una difesa sociale attuata mediante la coazione psicologica, in quanto il nuovo motivo, che il legislatore contrappone al delitto, — cioè la minaccia d'una sofferenza —, o non agisce, o, se agisce, agisce appunto allor che la previsione delle sofferenze aumenta e moltiplica la loro intensità.

E questo è vero non solo per il deliquente, a cui la pena si rivolge, ma anche per tutti i consociati che quella pena apprezzano.

Difatti, se la penalità è sentita dai consociati come sanzione, non può negarsi che la pena, anche dinanzi alla coscienza collettiva, si palesi come sufficiente, quando i consociati sanno, per esperienza, come la visione d'un dolore futuro aggravi il dolore presente.

Forse si obbietterà contro di noi che quel che si soffre di più quando la pena comincia, sia compensato perchè più tardi si soffre di meno?

L'argomento sarebbe specioso. Ad ogni modo, se anche una tale dimostrazione potesse farsi, resterebbe sempre vero che il dolore, il quale può esser cagionato dalla previsione della pena, è maggiore proprio quando esso è uno stimolo contro il delitto.

Parrebbe che questo principio non avesse più ragione per applicarsi alle brevi pene temporanee, per cui l'oggi e il domani non sono, alle volte, che un giorno e un giorno. Per ciò, parrebbe che tali pene si dovessero cumulare più intensamente, onde si avrebbe un accrescimento maggiore per i reati minimi, cosa che del resto — aggiungiamo — avviene con tutti gli altri sistemi e con tutti i Codici. Noi, però, pensiamo che, quando venisse risoluto il problema delle brevi pene temporanee — che deve essere risoluto per tante e tante altre ragioni — e ad esse si sostituissero altre e più efficaci misure, il nostro principio non avrebbe più ragione alcuna per non applicarsi sempre.

Un dubbio parrebbe che potesse sorgere, a proposito delle pene pecuniarie.

Ma quando le pene pecuniarie, — per non essere un istrumento contro i poveri —, fossero, in qualche modo, proporzionate alle risorse del condannato — idea, che già comincia a farsi strada con i Progetti svizzero e norvegese — ogni ragione di dubitare svanirebbe.

Ma, se la pena del concorso non simultaneo deve essere, normalmente, minore della somma delle pene concorrenti, ciò non significa punto che ciò debba sempre avvenire. Può, anzi, avvenire che essa sia maggiore e sia, appunto, la pena perpetua, che è l'unica pena che possa, seriamente e lealmente, decretarsi dopo una pena temporanea, oltre la quale, una pena temporanea più lunga non sarebbe che una pena perpetua mascherata. Qui, come chiaramente si vede, il disaccordo con l'Impallomeni è massimo. Accettiamo anche noi che le responsabilità non si contano, ma si pesano; ma diciamo ancora, francamente, che egli si è arrestato sulla via così luminosamente intrapresa, quando dice che il reo di più reati punibili con pene temporanee non possa mai essere punito con pena perpetua. E perchè? Perchè egli dice che il danno sociale « che deriva da più lesioni personali non sarà mai certamente uguale a quello che è il prodotto d'un assassinio » [1]). E questo è vero, ma si potrà affermare, doman-

[1]) IMPALLOMENI, op. cit., loc. cit.

diamo noi, che il danno sociale derivante da dieci omicidi semplici non sia mai uguale al danno sociale derivante da un solo omicidio accompagnato da gravi sevizie?

Ci troviamo di fronte alla responsabilità d'un sol uomo, e questo è giusto; bisogna pesare e valutare intimamente quest'unica responsabilità, e anche questo è giusto; bisogna applicare una pena unica, e anche questo è giusto; ma, se il peso e la valutazione di questa responsabilità mi dicono che è necessaria la pena perpetua, io dico che questa pena si applichi, e non vedo alcuna ragione perchè così non debba farsi.

Quindi noi non diciamo che si debba arrivare alla pena perpetua per una presunzione di incorreggibilità [1]). No. Anche noi pensiamo che sia inopportuno e quasi trascendentale il parlare d'incorreggibilità [2]), e che, nel caso attuale, non possa nemmeno pronunciarsi la parola « incorreggibilità », trattandosi di colpevoli, che non hanno ancora sperimentata l'efficacia della pena. Noi, al contrario, diciamo che ciò debba farsi, perchè è aumentato il danno sociale, perchè è diminuita la possibilità della difesa privata, perchè è maggiore la temibilità del reo.

Per pervenire ad una qualunque conclusione, è necessario, ormai, di indicare quale sarebbe una legislazione, da questi principii appunto ispirata.

Il Codice nostro dà, come vedremo, delle regole relative al concorso; ma, in certi casi, ritiene che quelle regole non bastino e ne dà delle altre. Esso dispone che si applichi una pena superiore alla pena risultante dalle comuni regole del concorso, quando, nella esecuzione di un delitto contro la sicurezza dello Stato, il colpevole commetta anche un altro delitto d'una certa gravità (art. 136); quando, per commettere un delitto contro la sicurezza dello Stato, s'invada un edificio o si sottraggano, da un luogo di deposito, armi, munizioni o viveri (art. 137); quando, nel tempo o per occasione dell'associazione a delinquere, si commettano degli altri speciali delitti (art. 250). Nello stesso modo, quando si commetta un omicidio mediante un delitto di comune pericolo, ovvero si commetta un omicidio a causa o in occasione d'un altro reato (che

[1]) Alla incorreggibilità fanno appello il GAROFALO (op. cit., loc. cit.), il PUGLIA (*Manuale di diritto penale*, vol. I, cap. 12, Napoli 1890) e altri.

[2]) Si vegga a questo proposito quanto ho detto nel Congresso penitenziario di Pietroburgo, negli *Actes du Congrès pénitentiaire international de Saint-Pétersbourg*, vol. I, pag. 415 e 598. S. Pétersbourg 1890 e nel mio rapporto negli *Actes du troisième Congrès international d'anthropologie criminelle*. pag. 65. Bruxelles 1893.

può essere anche una contravvenzione) non si applica più la pena risultante dal concorso dei due reati, ma si applica la pena perpetua (art. 366 n. 4, 5, e 6); e, in queste condizioni, a speciale aggravamento è, del pari, assoggettata la pena della lesione personale (art. 373 cap.).

Tutto questo si giustifica, appunto, perchè i reati si coordinano nella coscienza del reo e, di fronte alla società, assumono, per tale coordinazione, una importanza maggiore. L'omicidio e la contravvenzione dànno luogo ad una responsabilità maggiore della somma della responsabilità d'un omicidio e della responsabilità d'una contravvenzione, e s'infligge, di conseguenza una pena nuova: la pena perpetua.

Il Codice bulgaro (art. 67), il Codice messicano (art. 213-214) e il Progetto russo (art. 54) dànno, anch'essi, delle regole relative al concorso, stabiliscono dei massimi, normalmente, insuperabili, e poi aggiungono che tali massimi si superano, quando il reo sia un delinquente d'abitudine, secondo il Codice bulgaro; quando le comuni regole del concorso siano insufficienti o quando il reo commetta un nuovo reato, sapendo di dover essere processato per un altro reato, secondo il Codice messicano; quando il reo sia colpevole di reati della stessa specie, secondo il Progetto russo. Ora, noi non diciamo che si debba imitare il Codice bulgaro o il messicano o il Progetto russo, chè anzi, diciamo che non si debbano imitare, — tanto, su questo argomento, sono complicati e di difficile comprensione e in pratica riescono, forse, più insufficienti del Codice nostro —, ma soltanto facciamo notare come, anche per essi, sia lecito superare, in certi casi, i limiti di pena, che sono, per i casi ordinari, predeterminati.

Il legislatore, dunque, dovrebbe cominciare con determinare la pena, la quale, appunto perchè si sa che si deve scontare ininterrottamente, si reputi, — di fronte al maggior numero degli uomini —, sufficiente e necessaria come coazione e come sanzione, come minaccia e come sofferenza.

E, questa misura di pena dovrebbe essere duplice: minore, — a parità di condizioni — per il concorso simultaneo, maggiore — a parità di condizioni — per il concorso successivo.

Queste misure di pene dovrebbero ancora aggravarsi, quando i reati fossero, tra di loro, uniti da un qualche vincolo.

Anche per noi, dovrebbe determinarsi un limite estremo, oltre il quale la pena non potrebbe più prolungarsi. E ciò, ripetiamolo, perchè la pena temporanea, oltre un certo tempo, si trasforma in una pena perpetua, e il legislatore non può, non deve volere delle pene implicite o nascoste.

In certi casi, finalmente, bisognerebbe arrivare alla pena perpetua. E ad essa bisognerebbe arrivare per due vie diverse.

Bisognerebbe arrivarvi, in primo luogo, per la via seguíta da tutti i codici, formando cioè dei delitti nuovi, composti dal concorrere di certi speciali reati: come nell'omicidio *criminis causa*.

Bisognerebbe arrivarvi, in secondo luogo, per una via ancora non tracciata, e che pure non mi sembra ingiusta nè pericolosa. Bisognerebbe decretare la pena perpetua, quando il reo avesse commesso un numero di delitti maggiore del numero di delitti, con i quali — mediante la recidiva — si arriva, certamente, ad una pena perpetua indiretta.

Facciamo un esempio. Colui, che commetta tre omicidi successivi, separati da sentenze di condanna e da condanne scontate, viene a subire la prima volta (e facciamo l'ipotesi di pene applicate nel minimo), diciotto anni, la seconda volta diciotto anni, la terza volta ventiquattro anni: vale a dire, in complesso, viene a subire sessant'anni di pena. Or, se costui, secondo il nostro supposto, aveva, quando commise il primo omicidio, quell'età che, per il nostro codice, è d'uopo perchè egli sia del tutto responsabile, è chiaro che, infatti, si avrà una pena perpetua...

Di fronte ad un tal risultato, è giusto, è opportuno, è serio — domando io — che colui, il quale commette, non tre, ma dieci omicidi, non possa mai essere condannato alla pena perpetua, non possa mai scontare una pena superiore ai trent'anni di reclusione, sol perchè egli riesce a sottrarsi alla giustizia sociale, sol perchè egli riesce a profittare largamente delle disposizioni, che regolano il giudizio contumaciale dinanzi alla Corte di assise?

Di tale maniera, non si scava tra la recidiva e il concorso di reati, un fosso, anzi un abisso, di gran lunga maggiore di quello che la loro reale differenza non comporti?

Io non dico che, nel concorso di tre omicidi, si debba applicare la pena perpetua, e non lo dico, perchè se ciò dicessi verrei a parificare la recidiva alla reiterazione, e forse verrei a peggiorare la condizione del reiteratore, ma dico che la pena perpetua dovrebbe applicarsi al reiteratore, che sia autore, non di tre, ma di quattro omicidi, in modo che con la reiterazione si arriverebbe alla pena perpetua assai più tardi che ad essa non si arrivi con la recidiva.

Nè si obietti che, nell'ipotesi della recidiva, vi è soltanto una pena perpetua eventuale, essendo possibile che il condannato viva anche sino ad ottantun'anno... Noi rispondiamo che i numeri di tre e di quattro omicidi li abbiamo assunti come esempi: s'infligga magari la pena perpetua soltanto all'autore di cinque omicidi almeno, che, con le regole della recidiva, darebbero luogo a cento e otto anni

di pena, i quali richiederebbero almeno un delinquente, che vivesse ben cento e ventinove anni!

Secondo questa nostra teoria, dunque, la recidiva e la reiterazione, pur continuandosi a distinguere — e si debbono distinguere, per le ragioni che già conosciamo — sono, tuttavia, riavvicinate, in maniera che la differenza tra le pene, che le colpiscono, non sia maggiore della differenza che davvero passa tra l'una e l'altra.

Nè si obbietti che la nostra preoccupazione sia eccessiva, essendo difficile che si commettano cinque omicidi, senza che l'uno sia separato dall'altro da una condanna..... Noi rispondiamo che anche il parricidio, l'omicidio mediante incendio e l'omicidio a scopo di furto sono, fortunatamente, assai rari, e pure questa loro rarità non impedisce che ai loro autori sia inflitta la pena massima.

75. Data la teoria, possiamo guardare due gravissimi problemi, che ad essa intimamente si riattaccano.

Abbiamo già detto che si dà luogo al concorso delle pene, quand'anche un reato, commesso prima della condanna pronunziata per un altro reato, sia conosciuto dopo.

Taluni criminalisti, partendo dal concetto che si dà luogo al concorso di pene, sol per evitare che più pene si debbano scontare in una non interrotta successione, opinano che ad esso non si debba dar luogo, quando la pena del primo reato sia già scontata, prescritta o condonata [1]).

Altri, però, ha ritenuto che una tale soluzione sia, nel Codice germanico, una incoerenza [2]).

Il secondo problema, poi, si riferisce al caso in cui il nuovo reato si commetta, dopo una sentenza di condanna, e prima che questa si cominci a scontare o prima che sia del tutto scontata.

Si ammette da molti che, verificandosi simile ipotesi, si debba applicare il regime del concorso — facendo cioè concorrere la pena del nuovo reato con la pena già inflitta all'altro reato —, senza che con ciò si elimini la recidiva, quando essa s'incontri [3]).

Quest'opinione ha oppositori vivissimi [4]).

---

[1]) ROSENBLATT, op. cit., pag. 32. — LISZT, op. cit., § 57. — HAELSCHNER, op. cit., § 273 — GEIER, *Ein Beitrag zur Lehre von der Konkorrenz der Verbrechen*, in *Gerichtssaal*, XIII — WACHENFELD, op. cit., IV.

[2]) BERNER, op. cit., § 162 (della XIII edizione tradotta dal Bertola. Milano 1892). Questo concetto non è ripetuto nel § 148 della XIV edizione, che è quella che noi in queste pagine citiamo.

[3]) LISZT, op. cit., loc. cit. — WACHENFELD, op. cit., loc. cit. — IMPALLOMENI, op. cit., loc. cit.

[4]) E basti citare il MAINO, op. cit., I, 383.

Quale sarà mai l'opinione nostra?

Primo problema.

Quando si creda che le pene non si possono cumulare, sol perchè le sofferenze cagionate vanno crescendo in progressione geometrica, è necessario concludere che al concorso di pene non si possa dar luogo, allor che il nuovo reato si scopra dopo che la pena inflitta al primo sia già scontata.

Invece, quando si pensi (come pensiamo noi), che la visione della sofferenza futura aggrava la sofferenza presente, e nella pena si ravvisa, sopratutto, il valore d'un motivo contrapposto al delitto, bisogna necessariamente arrivare ad una soluzione diversa. Però, credo anch'io che, per ragioni di palese giustizia, si dovrebbe applicare intera la nuova pena, quando la pena del primo reato non fosse stata scontata, ma fosse estinta per prescrizione o condono.

Secondo problema.

Data questa nostra teoria, è pur necessario concludere che si debba dar luogo alle regole del concorso di pene, anche quando il nuovo reato si commetta dopo che per un'altro seguì condanna, e prima che questa si cominci a scontare o prima che questa sia del tutto scontata. Evidentemente, la ragione è sempre la stessa: l'efficacia che la previsione della sofferenza prossima e della sofferenza remota esercita sull'animo della maggioranza degli uomini. Nè può esservi contraddizione tra lo stato di recidiva, in cui può trovarsi il colpevole, ed il modo secondo cui la minaccia della pena agisce [1]).

Anzi, per la nostra teoria, si evita la contraddizione, in cui cadono i propugnatori di tutte le forme di cumulo giuridico. Infatti, ad essi, preoccupati dallo accrescersi delle sofferenze cagionate dalle pene che si accumulano, si è ben potuto obiettare che questo preteso male si dovrebbe verificare anche quando il nuovo reato si commetta, appena si esce dal carcere dopo avere scontata una pena; di fronte a noi, al contrario, questa obiezione non ha alcun valore, perchè la pena scontata non può essere ancora (tranne che per il ricordo) un motivo efficace contro un nuovo reato: la sua efficacia è già esaurita e deve sorgere un nuovo motivo. Quindi, per noi, il computo, forse, piuttosto che sulla pena, la quale resta da scontare al momento in cui si pronunzia la nuova condanna,

[1]) Così modifico l'opinione, che manifestai altra volta (*I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. III, p. VII, c. IV, pag. 616), Torino 1899). E se allora rifiutavo questa soluzione, perchè mi pareva che essa, in qualche modo, confondesse il concorso e la recidiva, ora l'accetto appunto perchè, con essa, la distanza che passa tra il concorso e la recidiva è, opportunamente, diminuita.

si dovrebbe fare sulla pena che restava da scontare quando si commise il nuovo reato; ma questa differenza, in pratica, non ha rilevante importanza, anche perchè è desiderabile che la condanna segua presto al reato.

Vedremo, commentando il nostro Codice, come i pericoli della soluzione, alla quale da noi si aderisce, siano stati per lo meno esagerati. Ad ogni modo, qualora si credesse necessario, si potrebbe, all'aggravante della recidiva, aggiungere, — e (noi lo abbiamo detto) un codice straniero l'ha fatto —, l'aggravante che nasce dal commettere un nuovo reato, mentre si sa di dovere scontare una pena.

Forse a queste nostre soluzioni e a tutta la nostra teoria, si obietterà che è vano proporre il regime penale, che noi proponiamo, di fronte a delinquenti che, con i loro fatti, provano di non sentirne l'efficacia?

Ma a questa obiezione, se ci venisse mossa, qui noi non risponderemmo. Essa, più che al tema attuale, si riferisce a tutta la teoria della coazione psicologica, onde altrove abbiamo risposto o, almeno, abbiamo creduto di rispondere [1]).

Diciamo, poi, come conclusione che, nel concorso di reati, al pari che nella recidiva, il principio della individualizzazione della pena trova uno dei terreni più adatti e più fertili.

III.

76. Per potere, in breve ed in modo esauriente, conoscere le varie soluzioni che tutte le legislazioni moderne han dato a proposito del problema del concorso reale, è necessario stabilire come dei punti estremi, dai quali, mano mano, si perviene ai punti intermedi.

Il Codice del Chile è quello che ha accolto, nel modo più rigido ed assoluto, il principio del cumulo materiale.

Con l'art. 74 si dice che il colpevole di due o di più delitti subisce tutte le pene corrispondenti alle diverse condanne. « Il condannato sconterà tutte le sue condanne simultaneamente, se è possibile. Quando ciò non sia possibile, o quando la simultaneità rendesse illusoria qualcheduna di dette pene, le pene si sconteranno in ordine successivo, cominciando dalle più gravi ossia da quelle che occupano il più alto posto nelle scale rispettive, eccetto le pene di esilio dalla repubblica con residenza forzosa (*confinamiento*), esilio dalla repubblica con residenza libera (*estrañamiento*), residenza coatta entro la repubblica (*relegation*), espulsione da una determinata residenza (*destierro*), le quali tutte si scontano dopo

---

[1]) ALIMENA, op. cit., vol. I, p. III, c. I.

di avere scontata ogni altra pena compresa nella scala graduale n.° 1 »[1]).

Anche le contravvenzioni seguono questa regola, poichè ognuna di esse si punisce separatamente [2]).

Così, con questo sistema, non solo si arriva ad enormi e spesso inattuabili cumuli di pene, ma il condannato è costretto ad un vero viaggio di circolazione, poichè deve recarsi in quel penitenziario in cui si sconta quella tale pena, poi in quell'altro in cui si sconta quell'altra pena, poi in quell'altro in cui si sconta quell'altra, poi va all'estero in uno Stato determinato, e poi in un altro Stato di sua scelta, poi torna in patria e va in un certo sito, per allontanarsi poi da un altro sito.....

La condanna di questo sistema si ebbe nel 30 novembre 1889, allor che la Corte suprema chilena dovè confermare la sentenza con la quale, per effetto del cumulo materiale, un notaio venne condannato ad ottantaquattro anni di reclusione! Perciò, dinanzi a quel Parlamento, fu proposta una radicale riforma di questa parte della legislazione penale [3]).

Questo sistema è seguìto integralmente da un altro Codice: da quello di Costa-Rica (art. 81).

Non altrimenti avviene negli Stati Uniti d'America, e basti citare, uno fra tutti, il codice di Nuova York (§ 694).

Anzi, si può dire che nel Diritto nord-americano non esista nemmeno una teoria relativa al concorso reale: tutto si riduce a dare una regola secondo cui si scontano, e successivamente, le varie pene [4]).

Il Codice del Cantone dei Grigioni (§ 52) è in Europa, quello che più si avvicina a tale sistema.

77. L'estremo opposto dovrebbe essere rappresentato da quelle legislazioni, che accettano sempre il sistema dell'assorbimento assoluto. Ma nessuna, proprio nessuna legislazione accetta un tal sistema.

Dobbiamo, dunque, contrapporre alle legislazioni, che accettano il cumulo materiale, quelle che accettano l'assorbimento nel maggior numero dei casi.

---

[1]) VERA, *Codigo penal de la republica de Chile comentado,* pag. 241. Santiago de Chile 1883.

[2]) VERA, op. cit., pag. 94.

[3]) CORREA BRAVO, *Estudios legales y de jurisprudencia pratica,* IV. Santiago de Chile 1890.

[4]) Confr. BISHOP, *Commentaires on the criminal law,* I, § 786 e seg.; 791 e seg. Boston 1882. — BEALE, in *Die Strafgesetzbücher der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung,* II, pag. 204 e seg. Berlin 1899.

Così fa il legislatore francese, il quale, — seguendo le tradizioni della procedura penale del 16-25 settembre 1791 (II parte, titolo VII, art. 40) e della procedura del 3 brumaio anno IV (art. 446) —, dice, nel capoverso dell'art. 365 del Codice di procedura penale, che contro il reo di più crimini o di più delitti « sarà pronunciata soltanto la pena più forte ». E questa regola è applicata anche nel caso in cui i diversi crimini o delitti siano stati l'obietto non di un solo, ma di diversi processi (art. 379 dello stesso Codice).

È noto che queste disposizioni del codice francese, benchè siano scritte a proposito dei giudizii dinanzi la Corte d'assise, e per certe speciali ipotesi, nondimeno esse si applicano a tutti i casi, tranne che la legge abbia espressamente derogato. Onde questa regola si applica anche dai tribunali e dalle Corti d'appello, e anche nel caso di concorso di delitti con delitti. Questa soluzione, che deriva dai motivi del Codice, che chiara dimostra la volontà del legislatore, è pacificamente accolta [1]).

Tutti i vari, multiformi e gravi problemi, nell'ipotesi dell'articolo 365, si riducono ad un problema unico: valutare la diversa gravità delle diverse pene; nell'ipotesi dell'articolo 379, invece, i problemi sono più complessi, secondo che la pena prima pronunziata sia la più grave o la più lieve, o le due pene siano uguali per natura e per grado, secondo il momento diverso in cui venga a scoprirsi il nuovo reato, se cioè si scopra durante il processo per il primo reato, o si scopra dopo [2]).

Abbiamo detto che nemmeno la legislazione francese segue sempre il sistema dell'assorbimento. Infatti, si applica il cumulo materiale nelle contravvenzioni di polizia, di cui le pene si cumulano tra di loro, e con le pene criminali e con le correzionali [3]); nell'evasione

---

[1]) CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du code pénal*, I, nn. 170, 171. Paris 1887. — HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, II, pag. 722 e seg. Paris 1867. — LE SELLYER, *Trattato dei reati, delle pene e della responsabilità*, I, n. 249 e seg. Torino 1886. — ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, I, n. 1173. Paris 1885. — GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, II, n. 171 e seg. Paris 1888. — VIDAL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, pag. 336 e seg. Paris 1901. — CARPENTIER et FRÈREJUAN DU SAINT, *Répertoire général alphabetique de droit français*, V. *Cumul des peines*, n. 58 e seg. Paris 1888.

[2]) V. Gli autori citati, nella nota precedente, e nei luoghi citati.

[3]) Questa, che già fu una questione (CHAUVEAU e HÉLIE, op. cit., VI, n. 2734), ora è una soluzione pacifica. La sentenza della Cassazione del 7 giugno 1842 (SIREY, 1842, 1, 496) — che fu la prima a contraddire l'intera giurisprudenza, che applicava il citato art. 365 anche alle contravvenzioni (su questa giurisprudenza si consulti CHAUVEAU e HÉLIE, op. cit., VI, loc. cit.) — è stata riconfermata dalle

(art. 245 c. p.) e nella ribellione di prevenuti o condannati (articolo 220 c. p.); e, finalmente, nelle infrazioni posteriori al processo verbale o al primo atto di procedura, — e non nelle infrazioni anteriori [1] —, per certe leggi speciali (art. 17 della legge del 3 maggio 1844 sulla caccia, art. 27 della legge del 15 luglio 1845 sulla polizia delle ferrovie). Similmente, si applica il cumulo giuridico nell'arresto illegale o nel sequestro di persona con minacce di morte (art. 344 n. 2 combinato con gli art. 341, 342 e 305 c. p.) o con torture corporali (art. 344 ult. cap. combinato con gli art. 341, 342, 309 c. p.), nel vagabondaggio con violenza contro le persone o con falsi certificati (art. 279 e 281 combinati con gli art. 271, 311, 153 c. p.), nel furto con violazione di sigilli (art. 253 e 384 combinati con gli art. 252 e 401 c. p.), nel furto o nel saccheggio con sevizie (art. 303 e 302 combinati con gli art. 381 e seg., 440 a 442, 96, 309 a 311 c. p.), nell'omicidio accompagnato da un altro crimine o connesso con un delitto (art. 304) [2].

Le pene *accessorie* seguono la regola dell'assorbimento, le *complementari*, al contrario, dànno luogo ad una discussione che mantiene, ancora, divise giurisprudenza e dottrina [3].

Il Codice, il quale più che ogni altro rassomiglia al francese, è il ginevrino (art. 38, 39).

A questo tipo, si riattaccano il codice giapponese, che accoglie come regola il principio dell'assorbimento, eccettuando solo le contravvenzioni le quali, invece, sono assoggettate al regime del cumulo materiale, come al regime del cumulo materiale sono assoggettate le conseguenze delle condanne (art. 100, 101, 102, 103), ed il Codice boliviano, che accoglie anch'esso il principio dell'assorbimento — eccetto nei casi espressamente eccettuati dalla legge —, mentre assoggetta al regime del cumulo materiale la pena dell'infamia, le pene pecuniarie, e tutte le pene dettė non corporali, eccettuato l'arresto che per esso è appunto pena non corporale (art. 43).

---

sentenze del 7 gennaio 1876 (SIREY, 1876, 1, 389); del 23 marzo 1878 (SIREY, 1879, I, 390); del 22 aprile 1887 (SIREY, 1888, 1, 397). Invece, al principio dell'assorbimento vanno soggetti i così detti delitti contravvenzionali. (Sulla natura di questi reati confr. VIDAL, op. cit., pag. 100, 352).

[1]) Alle infrazioni anteriori, dunque, si applica il principio dell'assorbimento.

[2]) Confr. VIDAL, op. cit., pag. 351 e seg.

[3]) Sulla distinzione tra pene accessorie e complementari e sulla indecisione che, in rapporto al concorso, regna per queste ultime, si consulti GARRAUD, op. cit., II, n. 172 e VIDAL, op. cit., pag. 338 e seg.

78. D'accanto a questi estremi, stanno tutte le altre legislazioni, le quali hanno come punto di partenza il cumulo materiale o l'assorbimento, e poi accettano qualche cosa che è quasi l'avviamento verso il cumulo giuridico.

Cominciamo da quelle, che hanno come punto di partenza il cumulo materiale.

La legislazione dell'Inghilterra e dell'Irlanda decreta il cumulo materiale. Però, in qualche caso, affida all'arbitrio del giudice il permettere che le varie pene si scontino simultaneamente, ciò che dà luogo ad una vera fusione di pene (7 e 8 Geo. IV, c. 28, s. 10) [1].

In un altro caso, poi, il cumulo materiale non può superare un massimo fissato dalla legge. Questo caso si verifica nel reato di « *common assault* », punito in via sommaria, per cui non si può superare la pena di cinque sterline o di due mesi di prigionia, e, nei casi più gravi, in cui il reato si commetta contro donne o fanciulli non maggiori di quattordici anni, questi limiti sono rispettivamente di venti sterline e di sei mesi (24 e 25 Vict., c. 100 s. 42, 43) [2].

Invece, nella Scozia, il cumulo materiale non è soggetto ad alcuna eccezione, ad alcun limite (50 e 51 Vict., c. 35, § 60) [3].

Altre legislazioni determinano, per ogni specie di pena, un massimo che non può essere sorpassato, e poi dànno al cumulo materiale il limite di tali massimi. Di conseguenza, il cumulo materiale progredisce fin quando non si arrivi al massimo di ciascheduna pena, arrivato ad esso deve arrestarsi.

Questo sistema, che potrebbe chiamarsi del cumulo materiale limitato, è seguìto dal Codice argentino (art. 85, 86) e dal Codice del Paraguay (art. 177), i quali, naturalmente, non vietano che al massimo insuperabile d'una pena, si possa aggiungere un'altra pena; e dal Progetto argentino, il quale dispone, poi, che, nel concorso di pene pecuniarie, non si possa superare il quadruplo della pena pecuniaria da infliggere al reato più severamente punito (art. 80, 81) [4].

Altre legislazioni, invece, determinano, come massimo insuperabile del cumulo materiale, non un massimo che derivi dal massimo delle singole specie di pene, ma un massimo *ad hoc*.

---

[1]) HARRIS, *Principles of the criminal, law*, pag. 487. London 1886.

[2]) HARRIS, op. cit., pag. 203. — STEPHEN, *A digest of the criminal law*. pag. 191. London 1887.

[3]) SCHUSTER, in *La legislation pénale comparée* I, pag. 697. Berlin 1894 — MACDONALD, *A practical treatise on the criminal law of Scotland*, pag. 15, 310. 443. 513. Edinburg 1894.

[4]) PIÑERO, RIVAROLA e MATIENZO, *Proyecto de codigo penal para la Republica Argentina*, pag. 92 e seg. Buenos Aires 1891.

Questo sistema, che anch'esso potrebbe chiamarsi del cumulo materiale limitato, è seguìto dal Codice brasiliano, il quale non permette che si superino i trenta anni di pena restrittiva della libertà personale (art. 66) [1]), e dal Codice (art. 88 e 89) e dal Progetto spagnuolo (art. 108), i quali dispongono che non si possa sorpassare mai il triplo della pena restrittiva inflitta al reato più grave, e in ogni modo che non si possa superare la durata di quaranta anni [2]).

79. Guardiamo ora le legislazioni che hanno come punto di partenza l'assorbimento.

Vi sono delle legislazioni le quali, mentre decretano la regola dell'assorbimento, tuttavia vogliono che il giudice degli altri reati, dei quali la pena resta assorbita, tenga conto nel determinare la pena del reato maggiore, cioè la pena assorbente.

Così il Codice austriaco, nei § 34, 35 e 267, dispone che il reo di più reati deve punirsi secondo il reato, per cui è comminata la pena più grave, tenendo conto però degli altri reati (*jedoch mit Bedacht auf die übrigen*). Invece, esso decreta il cumulo materiale per le pene pecuniarie, per le confische e per le destituzioni da diritti o facoltà [3]).

Queste disposizioni sono sostanzialmente ripetute dal Codice per la Bosnia e l'Erzegovina (§§ 65-70).

Il Codice di Zurigo che, come vedemmo, fonde il concorso ideale con il reale, accoglie la regola dell'assorbimento, ma aggiunge che degli altri reati si tien conto come di circostanze aggravanti (*die übrigen aber ..... als Schärfungsgründe*) e che il giudice può sorpassare della metà il massimo della pena legale, o può applicare una specie di pena più grave (§§ 64, 65) [4]).

Identiche a questa disposizione del Codice di Zurigo, sono le disposizioni dei Codici di Zug (§ 40), di Appenzell (§ 49), di Turgovia (§ 51), della Glaronna (§ 42). Simili sono le disposizioni accolte nei codici di Schwyz (§ 42), di S. Gallo (§ 38), di Sciaffusa (§ 78), di Vaud (art. 64) [5]).

---

[1]) VIEIRA DE ARAUJO, *Codigo penal comentado*, II, pag. 168 e seg. Rio de Janeiro 1897.

[2]) PACHECO, *El codigo penal concordado y comentado*, I, pag. 416 e seg. Madrid 1881.

[3]) JANKA, *Das österreichische Strafrecht*, pag. 163 e seg. Prag 1884.

[4]) BENZ, *Das Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich*, pag. 48 e seg. Zürich 1886. — PFENNINGER, *Das Strafrecht der Schweiz*, pag. 764. Berlin 1890.

[5]) STOOSS, *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts*, I, 417. Basel und Genf 1892-93. — PFENNINGER, op. cit., loc. cit.

Il Codice greco, finalmente, dispone, nello stesso modo, che si applica la pena del reato maggiormente punibile, e che gli altri si computano, per la determinazione della pena, come circostanze particolarmente aggravanti (*ὡς ἰδιαίτεραι ἐπιβαρυντικαὶ περιστάσεις*) (art. 109). Queste disposizioni non si applicano quando la legge commina una pena speciale contro il concorso (art. 112) [1]).

80. Partiti dai due estremi del cumulo materiale e dell'assorbimento, siamo così discesi mano mano verso forme intermedie, e arriviamo ora alle legislazioni che accettano il sistema del cumulo giuridico.

Queste legislazioni le suddividiamo in due gruppi.

Nel primo, si trovano quelle, che coordinano insieme il sistema del cumulo giuridico con il sistema dell'assorbimento, e, qualche volta, anche con quello del cumulo materiale.

Il Codice russo, anche in questo argomento, dà esempio della casistica che lo anima tutto, onde si affretta a dire che, quando vi sia concorso di reati, il giudice deve enumerare quelli, per cui interviene condanna (*sljedujusch'cich za cagdoe iz tiech djejanii*), e poi, se i reati importino la stessa specie di pena, si applica la pena del reato più grave portata al massimo, e se i reati importino pene diverse, si applica la pena del reato più grave, nella quale restano assorbite le altre. Finalmente, nelle contravvenzioni fiscali, le pene pecuniarie si cumulano materialmente [2]).

Secondo il Codice bulgaro, quando ai vari reati siano comminate pene di diversa specie, si applica la pena del reato più grave, quando, invece, siano comminate pene della stessa specie, si applica la pena più grave che può essere aumentata in una certa misura. Anche le pene pecuniarie seguono questa regola. Di conseguenza, si ha l'assorbimento nelle pene di diversa specie, e si ha il cumulo giuridico nelle pene della stessa specie (art. 64-66, 68, 69).

L'aumento della pena può essere più intenso quando i reati concorrenti abbiano la stessa indole ed il colpevole faccia di essi un'abitudine o un mestiere (*sg ednorodni i izvrsceni po navik ili v vid na zanajat*) (art. 67) [3]).

Il Codice rumeno segue il sistema dell'assorbimento, quando vi sia concorso di reati di natura diversa (*osebite naturi*) e passibili di pene diverse (*osebite pedepse*), segue il sistema del cumulo giuridico, con il massimo della pena, quando vi sia concorso di reati della

---

[1]) Ραλλη, οἱ ἑλληνικοὶ Κώδικες, I, pag. 216. Atene 1875.

[2]) TAGANZEFF, *O portorenii prestuplenii*. S. Petersburg 1867.

[3]) ALIMENA, *Il primo codice penale bulgaro*, nella *Rivista penale*, XLVII.

stessa natura (*aceleasi natura*) e passibili della stessa pena (*aceleasi pedepsi*) (art. 40 e seg.) [1]).

Così fa il Codice dell'Equatore, che decreta l'assorbimento nel concorso di crimini, ovvero nel concorso di crimini con delitti e contravvenzioni, il cumulo materiale nel concorso di contravvenzioni, il cumulo giuridico nel concorso di delitti, ovvero nel concorso di delitti e contravvenzioni. Le confische si eseguono tutte (art. 69-75). Così fa il codice di Nicaragua, per cui, ai reati colpiti di pena grave, si applica l'assorbimento, elevando la pena al massimo, e qualche volta superando il massimo, allor che uno dei reati sia circostanza aggravante, e, ai reati colpiti da pena meno grave, si applica la pena del reato maggiore nel suo grado massimo. Quando però la legge lo dica espressamente, si applica il cumulo materiale (art. 63).

81. Arriviamo, finalmente, a quei codici che seguono il sistema del cumulo giuridico, coordinandolo a quello del cumulo materiale, senza parlare però dell'assorbimento, a cui giungono del resto, per via indiretta. Il concetto direttivo di tutti questi codici è il seguente: le pene lievi sono assoggettate al regime del cumulo materiale, le pene gravi sono assoggettate a quello del cumulo giuridico.

Per il Codice germanico, contro colui che, con più azioni distinte, ha commesso più crimini o delitti, ovvero ha ripetutamente commesso lo stesso crimine o lo stesso delitto, ed è perciò incorso in più pene restrittive temporanee, si dovrà pronunziare una sola pena complessiva (*eine Gesammtstrafe*), che consiste in un aumento della più grave pena incorsa. Quando concorrano più pene restrittive di diversa specie, questo aumento si effettua nella pena più grave, secondo la propria specie (*ihrer Art.*). La durata delle pene complessive non può raggiungere la somma delle singole pene incorse, nè oltrepassare quindici anni di casa di forza, dieci anni di carcere o quindici anni di relegazione (§ 74). Se, invece, la relegazione concorra soltanto col carcere, sarà applicata ciascheduna di queste due pene, separatamente, e quando si sia incorso più volte nella relegazione o nel carcere, si applicano le singole pene come se si fosse isolatamente incorso in ciascheduna di esse; ma, in questo caso, la durata complessiva delle pene non può oltrepassare quindici anni (§ 75). La condanna ad una pena complessiva non esclude l'interdizione dai diritti civili onorifici, anche quando questa sia lasciata all'arbitrio del giudice, o sia comminata d'accanto ad una sola

[1]) Fratortiteanu, *Codicele penal adnotat cu jurisprudenta romana*, pag. 32 e seg. Bucuresci 1891.

delle pene incorse. Nello stesso modo, si può pronunziare la condanna alla sorveglianza della polizia d'accanto alla pena complessiva, anche quando ciò sia concesso per uno solo dei reati (§ 76). La pena degli arresti, quando concorra con un un'altra pena detentiva, deve applicarsi separatamente; e, quando si commettano più reati punibili con l'arresto, le pene d'arresto si applicano cumulativamente, senza però oltrepassare la durata di tre mesi (§ 77). Più pene pecuniarie incorse per più reati, sole o d'accanto a pene restrittive, si applicano cumulativamente; e quando esse si debbano commutare, il massimo della pena restrittiva, che le sostituisce, è di due anni, e — quando siano applicate per contravvenzioni — è di tre mesi di carcere (§ 78).

La giurisprudenza ha deciso che nei casi non regolati dalla legge si debba applicare il cumulo materiale [1]).

Anche per il Codice ungherese, nel concorso reale si applica di regola una sola pena complessiva (*Gesammtstrafe*) per tutti i reati. La pena complessiva è quella della specie più grave comminata ad uno o a più dei singoli reati, e se essa consista in una pena restrittiva, la sua durata massima può essere ancora aumentata secondo le regole seguenti (§ 96). Se concorrano più delitti, ovvero se concorrano delitti e contravvenzioni, si applica la più grave delle pene comminate per tali reati, e la pena restrittiva, che si applica al più grave dei reati, può essere aumentata di un anno (§ 97). Se concorra un crimine con un altro reato, si applica la pena del crimine, e, se questa sia una pena temporanea, potrà aumentarsi sino a due anni, secondo la gravità degli altri reati (*nach der Schwere der übrigen Handlungen*) (§ 98). Se concorrano più crimini tra di loro o insieme con altri reati, si applica la pena più grave, e, se questa sia temporanea, la sua durata massima potrà ancora aumentarsi sino a cinque anni (§ 99). Però, in queste due ipotesi, la durata maggiore della pena restrittiva non può eccedere quindici anni

---

[1]) BERNER, op. cit., § 162. — VON LISZT, op. cit., § 73. — GEYER, op. cit. I, loc. cit. — BINDING, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, I, 574. Leipzig 1885. — MERKEL, *Die Strafanwendung durch den Richter*, § 10 e seg. in HOLTZENDORFF'S *Handbuch des deutschen Strafrechts*, II. Berlin 1871. — SCHWARZE, *Commentar zum Strafgesetzbuche für das deutsche Reich*, pag. 303 e seg. Leipzig 1884. — OPPENHOFF, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, pag. 210 e seg. Berlin 1885. — OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, I, pag. 364 e seg. Berlin 1872. — RÜDORFF, *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, pag. 249 e seg. Berlin 1892. — OLSHAUSEN, *Einfluss der Vorbestrafung auf Strafthaten*. Berlin 1876. — ROSENBLATT, *Die Strafen-Konkurrenz*. Teschen 1879. — HAELSCHNER, op. cit., I, § 263 e seg.

(§ 100). Nel concorso di pene di diversa specie, sono considerate come più gravi quelle comminate ai crimini, e tra queste quelle di maggior durata, e, quando siano d'ugnale durata, si segue la graduatoria indicata nel § 20. Se concorráno reati punibili con la prigionia di Stato e con la casa di forza, ovvero col carcere, e la pena della prigionia di Stato ha la durata maggiore, la prigionia di Stato è convertita in quella specie di pena stabilita per l'altro reato di durata più prossima a quella della prigionia di Stato. La durata di questa pena è determinata dal giudice, tenuto conto della durata della prigionia di Stato incorsa. Queste disposizioni si applicano anche quando concorrano tra loro più delitti, ovvero delitti con altri reati (§ 101). Le multe si applicano cumulandole materialmente, però quando esse siano commutate in una pena restrittiva, questa non potrà eccedere il doppio della durata normale (§ 102). La perdita degli uffici, la sospensione dei diritti politici e la confisca degli oggetti si applicano, nei limiti voluti dalla legge, anche quando tali pene accessorie siano comminate soltanto per uno dei reati concorrenti (§ 103).

Questi principii del Codice ungherese per i crimini e i delitti [1]) sono, in sostanza, accolti anche nel Codice per le contravvenzioni (§§ 29-30).

Per il Codice olandese, quando concorrano delitti per cui sono comminate delle pene dello stesso carattere (*gelijksoortige hoofdstraffen*), si pronuncia una sola pena, di cui il massimo è uguale all'ammontare delle pene più elevate, non sorpassando però il terzo del massimo più forte (art. 57). Quando, invece, concorrano delitti per cui sono comminate delle pene principali di carattere diverso (*ongelijksoortige hoofdstraffen*), si applica ciascheduna di queste pene, ma la loro durata complessiva non deve sorpassare di più d'un terzo la pena più forte. In questo caso le ammende si contano dal punto di vista della durata massima dell'arresto che può ad esse sostituirsi (art. 58). Ad una condanna a vita possono aggiungersi soltanto, come pene accessorie, la decadenza di certi diritti, la confisca degli oggetti già confiscati, e la pubblicazione della sentenza (art. 59). La legge dà le regole per la determinazione della gravità relativa delle pene (art. 61), e per l'applicazione delle pene acessorie, quando le pene principali siano temporanee (art. 60). Nel concorso di delitti con contravvenzioni, e di contravvenzioni con contravvenzioni, ad ogni contravvenzione s'applica una pena senza diminuzione. Tuttavia, l'arresto, anche quando sia sostituito all'ammenda, non può, per le

[1]) MAYER, *Das ungarische Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen*, pag. 154 e seg. Wien 1878.

contravvenzioni cumulate, eccedere la durata di otto mesi. Le pene della prestazione di opera in un opificio dello Stato s'assorbono in una sola pena, di cui la durata non può superare il massimo stabilito per questo genere di pena (art. 62) [1]).

Il Codice belgico proclama il cumulo materiale per il concorso di contravvenzioni (art. 58). Nel concorso di delitti, le pene sono cumulate senza che esse possano superare il doppio del massimo della pena più forte (art. 60). Negli stessi limiti, si cumulano la prigionia correzionale e le ammende, nel concorso di delitti e contravvenzioni (art. 59). Invece, s'applica la sola pena del crimine, quando questo concorra con delitti o con contravvenzioni (art. 61). Nel concorso di crimini, poi, s'applica soltanto la pena più grave; e se questa consiste nei lavori forzati a tempo, nella detenzione o nella reclusione, può aumentarsi anche di cinque anni oltre il massimo (art. 62). La pena più grave è quella di più lunga durata, e quando le pene siano della stessa durata, i lavori forzati e la reclusione si considerano come più gravi che la detenzione (art. 63). Le confische sono cumulate (art. 64) [2]).

Queste disposizioni sono ripetute dal Codice del Lussemburgo (art. 58-64).

Il Codice danese dispone che chi, in una stessa causa, è riconosciuto colpevole di più delitti sarà colpito da una pena unica, calcolata in modo che ognuno di essi concorra alla determinazione (*saaledes at de alle medvirke tit at bestemme dens Storrelse*) di essa, tranne, però, che un delitto sia punito di morte o con la pena perpetua. Se tutti i delitti cadono sotto la stessa disposizione penale, il massimo, da essa determinato, non può sorpassarsi; se essi cadono, invece, sotto disposizioni penali diverse, si resta generalmente nei limiti di quella che porta la pena più forte; ma questa pena potrà anche, secondo le circostanze, essere aumentata sino alla metà, quando il colpevole abbia con più atti commesso dei delitti differenti. Quando il colpevole deve giudicarsi per un delitto grave e per un delitto relativamente insignificante, il magistrato può, per eccezione, applicare soltanto il minimo della pena comminata per il primo delitto, se, secondo le circostanze, tale pena gli sembri sufficiente (§ 62). Il Codice dà regole relative ai massimi delle pene e alla com-

---

[1]) ASSCHER e SIMONS, *Het nieuwe wetboek van Strafrecht*, pag. 54 e seg. S. Gravenhage 1886. — VAN SWINDEREN, *Esquisse de droit pénal actuel dans les pays Bas et à l'Etranger*, I, pag. 317 e seg. Groningue 1891.

[2]) NYPELS, *Le code pénal belge interprété*, I, pag. 106 e seg. Bruxelles 1867. — PRINS, *Science pènale et droit positif*, pag. 113 e seg. Bruxelles 1899.

mutazione di esse, che ha luogo quando non possa verificarsi un ulteriore aumento nella loro durata (§ 63)[1].

Queste disposizioni sono ripetute dal Codice islandese (§§ 63, 64, 65).

Il Codice svedese comincia con dire che nessun' altra pena può cumularsi con la pena di morte o con quella dei lavori forzati a vita. (Kap. IV, §§ 2, 4). Nel concorso di reati, si può prolungare la pena dei lavori forzati a tempo e quella della prigionia, non oltre i due anni (Kap. IV, § 5). Se colui, che è condannato ai lavori forzati a tempo, ha anche commesso delle infrazioni punibili con la prigionia, questa prigionia sarà commutata in lavori forzati, ma insieme si ridurrà la durata della prigionia di metà, in maniera che a due mesi di prigionia corrisponda un mese di lavori forzati (*så att emot twå månaders fängelse swarar en månads straffarbete och så widare*). Se, in questo calcolo di commutazione, si trova una frazione di mese, il mezzo mese equivale a quindici giorni. La pena si cumulerà con gli altri lavori forzati secondo si è detto di sopra (Kap. IV, § 6). Se un condannato alla prigionia o ai lavori forzati a tempo è condannato anche all'ammenda, ed egli non potrà pagarla, sarà all'ammenda sostituita la prigionia sussidiaria, secondo le regole date dal Codice in altra parte (Kap. IV, § 7).

Si noti dunque che, per il Codice svedese, si converte una pena più lieve in una pena più forte, secondo un rapporto d'equivalenza prestabilito. Così anche l'ammenda si trasforma in lavori forzati [2].

Per il Codice finlandese, tutte le pene generali sono assorbite dalla pena di morte, e tutte le altre pene restrittive o pecuniarie sono assorbite dalla pena della reclusione (Kap. VII, §§ 3, 4). Quando una persona ha commesso reati punibili con più pene privative della libertà per un tempo determinato, ovvero con una o più di queste pene in unione di ammende, si pronunzierà la pena più severa; e se, per tutte le diverse infrazioni, è comminata una pena simile, si pronunzia questa. In ogni caso, però, si aggiungeranno alla condanna i tre quarti al più delle pene che sarebbero inflitte alle altre infrazioni. Se qualcheduna delle pene appartiene ad un ordine di pene più rigoroso di quello che costituisce la pena più grave, questa pena più grave sarà convertita nella pena d'un ordine più rigoroso, e, in quest'ordine, avrà luogo l'aumento di cui si è par-

---

[1]) Bornemann, *Forelaesninger over den danske Criminalrets almindelige Deel*, § 62. Kjobenhavn 1866.

[2]) Uppström, *Sveriges Rikes Lag*, pag. 185 e seg. Stockholm 1899.

lato (*skall sistsagda straff öfverga till den svarare straffarten och i den straffart ökas pa sätt nämndt är*). In esecuzione di queste regole, s'indicano i massimi delle varie pene; si dice che la prigionia si tramuta in reclusione, diminuendo d'un quarto la sua durata, e che le risultanti frazioni formate da giorni non si computano; si dice che le ammende, quando debbano essere commutate in pene restrittive, si commutano in prigionia e questa poi, a sua volta, si commuta in una pena più severa, se sarà necessario (Kap. VII, § 5). Le ammende, invece, sono soggette al cumulo materiale. Però, quando debbano commutarsi, non può per esse superarsi un certo massimo di pena restrittiva (Kap. VII, § 6). Similmente, si applicano tutte le incapacità derivanti dalle pene (Kap. VII, § 7).

Come si vede, il Codice finlandese somiglia, per questa parte, e molto, al Codice svedese. L'uno e l'altro commutano la pena meno grave nella pena più grave, secondo un certo rapporto proporzionale [1]).

Dirò di più, dirò che così il Codice finlandese (Kap. VII, § 8) come il Codice svedese (Kap. IV, § 10) hanno la singolarità d'affidare al Prefetto (*Befallningshafvande*) l'iniziativa della cumulata esecuzione delle pene, iniziativa con la quale si eccita poi la decisione della Corte suprema.

Secondo il Codice portoghese, le multe sono soggette al cumulo materiale. Le altre pene, così le pene del sistema penitenziario, come quelle che, alternativamente, corrispondono ad esse (*nas penas do systema penitenciario e nas que, em alternativa, lhes corresponderem*), sono soggette al cumulo giuridico. Nel concorso di crimini punibili con la stessa pena, sarà applicata la pena immediatamente superiore, se si tratta di pena fissa, e la stessa pena non inferiore alla metà della durata massima, se si tratta di pena variabile. Quando, invece, i crimini siano punibili con pene diverse, si applica la pena più grave, aumentandosi, secondo le regole generali, tenuto conto dell'accumularsi dei crimini (art. 102).

Si noti che, per il Codice portoghese, crimine e delitto (*crime ou delicto*) indicano la stessa specie di reato (art. 1) [2]).

Per il codice di S. Marino, è applicato sempre il cumulo giuridico, tranne, ben inteso, il caso dell'assorbimento reso necessario da una condanna a vita. Però, le disposizioni che esso comprende sono così abbondanti e di tale casistica (art. 47 a 68) da renderne impossibile un parco riassunto.

---

[1]) FORSMANN, in *La Législation pénale comparée*, I, pag. 567. Berlin 1894.

[2]) Per la dottrina portoghese, si vegga JORDAO, *Commentario ao codigo penal portoguez*, I, pag. 200 e seg. Lisboa 1853.

Questo Codice esclude il concorso, quando i reati siano commessi in « un medesimo contesto di azioni » (art. 46) [1].

Il progetto d'un Codice unico per la Svizzera commina, nel concorso di più reati punibili con pene restrittive, l'applicazione della pena più grave, che sarà aggravata secondo le circostanze, potendo arrivare sino alla metà oltre il massimo, senza sorpassare però il massimo legale di ciascheduna pena. Le pene e le altre misure previste come accessorie delle pene restrittive sono cumulate (art. 45) [2].

Tra i vigenti Codici svizzeri, accettano il cumulo giuridico quelli di Basilea (§ 49), di Friburgo (art. 69), del Ticino (art. 65 e seg.), di Soletta (§ 54), di Lucerna (§§ 70, 74, 75), che però insiste alquanto sul cumulo materiale, di Berna (§ 59 e seg.), di Neuchatel (art. 30, 31), del Vallese (art. 75 e seg.), di Argovia (§ 36), e la Legge federale (§ 33) [3].

Il Progetto francese accetta il cumulo materiale per le contravvenzioni (art. 85). Nel concorso di delitti e di contravvenzioni, le pene sono cumulate, senza potersi, però, superare il doppio del massimo della pena più grave (art. 86). Nel concorso d'un crimine con uno o più delitti, o con una o più contravvenzioni, la pena inflitta al crimine assorbe tutte le altre (art. 87). Nel concorso di crimini, si applica la pena più forte, che potrà elevarsi della metà al disopra del massimo fissato dalla legge (art. 88). La pena più forte è la più lunga, e, quando le pene siano della stessa lunghezza, la prigionia è considerata come più grave della detenzione (art. 89). Le confische sono cumulate (art. 90).

Il Codice dell'Uruguay dispone che al reo di più reati s'imporrà la pena del reato maggiore, aumentata in ragione del numero e della gravità degli altri reati, senza però che l'aumento superi la metà della pena stessa (art. 78, 398).

Per il Codice della Colombia, le pene pecuniarie soltanto possono cumularsi con la pena di morte (art. 131). Il reo che, per un delitto sia condannato all'esilio, al confino, all'obbligo di prestare malleveria o alla vigilanza speciale dell'Autorità di pubblica sicurezza, e, per un altro, al presidio, alla reclusione, alla prigionia o all'arresto, subirà prima queste ultime pene, e poi le prime, e queste ultime si scontano in questo ordine appunto (art. 132). Il reo che, per due o più delitti, incorra in due o più pene distinte della classe del presidio, della reclusione, della prigionia o dell'arresto, subirà la pena

[1]) ZUPPETTA, *Codice penale della Repubblica di S. Marino*, art. 49 e seg. Napoli 1867.

[2]) ALIMENA, *Il progetto di codice penale svizzero*, nella *Rivista penale*, XL.

[3]) STOOS, op. cit., I, loc. cit. — PFENNINGER, op. cit., loc. cit.

più grave, aumentata in modo che un anno di presidio equivalga a tre anni di reclusione, a quattro di prigionia, a otto di arresto. In questo caso, il massimo della pena effettivamente inflitta può sorpassare il massimo fissato per ciaschedun delitto (art. 133). A queste regole, sono assoggettate le pene restrittive che si sostituiscono alle ammende (art. 135, 136, 137). Tutte le altre pene si applicano per intero (art. 138).

Il Codice messicano, dato il concetto del concorso (art. 27, 28), comincia col decretare il cumulo materiale per le contravvenzioni (art. 206). Nel concorso di delitti, quando la pena d'uno di essi sia quella della prigionia o del carcere o del bando per oltre tre anni, s'applica la pena del delitto più importante, che può elevarsi d'un terzo. La stessa elevazione è subìta dalle pene pecuniarie (art. 208). Questa regola, però, non si applica quando da un tale calcolo risulti una pena superiore a quelle comminate dalla legge contro tutti tali delitti uniti. In questo caso, sono applicate le ultime pene (art. 209). Quando tutti i delitti, che concorrono, non meritino che delle specie di pene meno forti di quelle menzionate nell'art. 208, è applicata la pena comminata contro il delitto più grave, e la durata può essere elevata sino ad un quarto dell'ammontare totale delle altre pene detentive. Nello stesso modo, essa può essere anche elevata sino ad un quarto dell'ammontare totale di tutte le pene pecuniarie. In questi e nei casi precedenti, è affidato al prudente arbitrio del giudice il determinare quale sia la pena più grave (articolo 210). Le incapacità, derivanti dai singoli delitti, e le confische si applicano per intero (art. 211, 216). A speciali aggravamenti va soggetta la pena, quando il numero e la natura dei delitti mostrino insufficiente la pena che deriva dal concorso (art. 213), o quando si commetta un nuovo delitto, dopo che per un'altro era iniziato il processo (art. 212) o quando il reo sapeva di dover essere, tra poco, processato (art. 214).

Quest'ultima disposizione è assai importante.

Ad essa riavviciniamo una disposizione del Progetto russo. Il Progetto russo dispone che si debba distinguere il concorso di reati identici o analoghi commessi per abitudine d'attività criminosa o per mestiere (*dva ili bolje togdestvennija ili odnorodnija prestupnija djejanija, po privickje k prestupnoi djejatelnosti ili po remeslu*), da ogni altro concorso che suol chiamarsi semplice. Nel concorso semplice, il giudice comincia con determinare la pena applicabile per ogni reato di cui il giudicabile si è reso reo, e pronunzia la più severa tra esse. Egli, però, può aumentarla nella misura del massimo fissato dalla

legge per il reato più grave; ma vi è eccezione allor che la pena più rigorosa dei lavori forzati o della casa di correzione si trovi in concorso con l'ammenda, con gli arresti, con la detenzione non superiore ad un anno (art. 53). Nell'altro concorso, che suole chiamarsi qualificato, le regole sono le stesse, però si può sorpassare il massimo fissato dalla legge per il delitto più grave; e se questa è la pena dei lavori forzati senza termine, il giudice può decretare che il condannato non sia deportato se non passano venti anni (art. 54) [1]).

Alla disposizione del Codice messicano e a quella del Progetto russo, riavviciniamo quella, già riportata, del codice bulgaro, per cui si punisce più gravemente il concorso specifico nei delinquenti d'abitudine.

Gli esempi di queste legislazioni noi invocammo nella parte teorica della nostra trattazione.

82. Prima di chiudere questo paragrafo, è opportuno dire altro.

Diremo che i Codici di Costa-Rica (art. 82) e di Nicaragua (articolo 64) fanno rientrare nel concorso ideale i reati, di cui l'uno sia mezzo necessario per commettere l'altro.

Invece, nel concorso di reati uniti dal vincolo di mezzo a fine, o quando l'uno sia servito per occultar l'altro, fu ritenuto il concorso reale dal Tribunale supremo germanico (§ 74) [2]).

Diremo che, per quanto riguarda il giudizio, bisogna distinguere due sistemi. Talune legislazioni non riconoscono concorso se non quando i varii reati siano giudicati in un unico giudizio. Così fanno il Codice austriaco (§ 34), il Codice messicano (art. 27) e la Legge federale svizzera (§ 33).

Altre cominciano con enunciare le regole sul concorso, e poi aggiungono che esse si applicano anche quando, dopo una condanna, si sia venuto a scoprire un reato commesso prima di essa. Così fanno i Codici danese (§ 64), islandese (§ 65), svedese (Kap. IV, § 8), finlandese (Kap. VII, § 8, 9), ungherese (§ 104), di Berna (§ 60), del Vallese (§ 78), del Ticino (art. 68), di Neuchatel (art. 91), della Colombia (art. 134), dell'Uruguay (§ 81), del Venezuela (art. 76). Talune legislazioni, però, limitano questa regola al solo caso in cui il

---

[1]) GARÇON, *Projet de code pénal russe*, nella *Revue pénitentiaire*, XX. — DE LA GRASSERIE, *Étude sur le projet de code pénal russe*, nel *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXVII. — ALIMENA, *Il progetto di codice penale russo*, nella *Rivista penale*, XLV.

[2]) Sentenza del 29 aprile 1875 (*Rivista penale*, III, 360). Cfr. STENGLEIN, *Zusammenfluss selbständiger Strafthaten*, in *Lexikon des deutschen Strafrechts*, II. Berlin 1900.

precedente reato venga seguìto da condanna, prima che la pena per l'altro sia del tutto scontata, prescritta o condonata. Così fanno i Codici germanico (§ 79) e di Basilea (§ 46). Il Codice di procedura francese ammette il principio del non cumulo delle pene, così quando i reati siano giudicati nello stesso giudizio (art. 365, 2) come quando siano giudicati in giudizi diversi (art. 379).

Altre, finalmente, applicano le regole del concorso, anche quando il nuovo reato sia commesso dopo una condanna, e prima che essa sia scontata o mentre si sconta. Così fanno i Codici di Zurigo (§ 69), del Ticino (art. 68), della Svezia (Kap. IV, § 9 e seg.), della Finlandia (Kap. VII, § 10), del Venezuela (art. 76) e la Legge russa del 1892.

IV.

83. Nemmeno il Codice sardo e il Codice toscano avevano una disposizione, del resto superflua, la quale dicesse che il reo di più reati fosse di essi tutti responsabile.

Ma — e questo è più importante — non avevano nemmeno una disposizione relativa ai reati connessi, e della connessione si parla soltanto nel vigente Codice di procedura penale, come vedremo nel prossimo paragrafo.

Però, mentre il Codice sardo applicava le regole del concorso anche al reato, scoperto dopo una condanna ad una pena temporanea, ma commesso prima di essa (art. 117), il Codice toscano, invece, sottoponeva il concorso dei reati alla condizione artificiale dell'unicità del giudizio (art. 77).

84. Le prime tracce d'una disposizione relativa ai reati connessi si trovano nel Progetto De Falco del 26 febbraio 1866, che, nell'art. 133, § 1, diceva: « *Se, per eseguire o nascondere il peculato, il reo ha commesso falsità nei conti, registri e documenti, o si è valso di altro mezzo costituente un delitto, si applicano le rispettive pene colle norme del titolo VI, libro I* ».

Dei reati connessi si taceva, del tutto, nel Progetto del 15 aprile 1870, Progetto della seconda Commissione, e nel Progetto De Falco del 30 giugno 1873.

La disposizione speciale, relativa al peculato, risorse nel Progetto Vigliani del 24 febbraio 1874 (art. 139), e sparve, nuovamente, con il Progetto della Camera dei deputati del 7 dicembre 1877.

Nel primo Progetto Zanardelli, nel titolo dei delitti contro l'amministrazione e l'autorità pubblica, fu inserito l'articolo seguente: « *Se, per eseguire od occultare alcuno dei delitti preveduti nel presente*

Titolo, il colpevole fa uso di un mezzo che costituisce per sè stesso un delitto, è punito con la pena stabilita pel reato più grave, aumentata di un grado » (art. 188). E, nella Relazione, nulla si aggiungeva.

Questa disposizione fu riprodotta dall'art. 195 del Progetto Savelli del 26 novembre 1883.

Nessun emendamento fu proposto dal Pessina.

Del controprogetto della Camera dei deputati e del Progetto Tajani del 23 novembre 1886 non occorre occuparci, perchè essi comprendevano soltanto la parte generale del Codice, e, nella parte generale, non si era finora parlato dei reati connessi.

85. Nel Progetto Zanardelli del 22 novembre 1887, dei reati connessi si parlava ancora soltanto nel titolo dei delitti contro la pubblica Amministrazione. Art. 200: « *Quando, per eseguire od occultare alcuno dei delitti preveduti nel presente Titolo, il colpevole fa uso di un mezzo che costituisce per sè stesso un delitto più grave, è punito con la pena stabilita pel delitto più grave, aumentata da un sesto alla metà* ».

Nulla fu detto nella Relazione della Camera dei deputati, nè in quella del Senato.

Nel testo definitivo del Codice, al contrario, i reati connessi, qualunque essi siano, sono regolati da una disposizione generale, posta appunto nella Parte generale.

E, nell'ultima Relazione, così si giustifica questa novità: « la disposizione dell'art. 77 non è nuova: essa costituiva, in termini più ristretti, l'art. 200 del Progetto. Mi parve, però, che giovasse espressamente stabilirne generale l'applicazione e qui trasportarla, per renderla comune a tutte le ipotesi alle quali essa può e deve riferirsi ». Dopo di ciò, si osserva che, per evitare che si fosse continuato a discutere se, per i reati connessi, debba applicarsi il principio della *prevalenza* del titolo ovvero quello del *concorso*, e dopo aver notato che una o più disposizioni posta nella Parte speciale avrebbero potuto far supporre che, per tutti gli altri reati, dovesse applicarsi il principio della prevalenza, si aggiunge che si è preferita la formola generale. « Essa comprende, oltre all'ipotesi del reato commesso quale *mezzo* per eseguire od occultare un altro reato, anche quella del reato commesso *in occasione* di altro reato: su di che neppure si solleva controversia. Adottando tale disposizione generale, fu anche possibile di conseguire un altro vantaggio: quello di far valutare più convenientemente e di coordinare, dal punto di vista del concorso, le conseguenze penali risultanti dall'applicazione delle norme sul concorso stesso, meglio adeguando le sanzioni dovute alle

ipotesi che più facilmente e più frequentemente s'incontrano, come in tema di lesioni personali e di rapina insieme concorrenti. Dissipata quindi ogni dubbiezza, non v'è che una regola sola e generale per ogni caso; quanti sono i fatti commessi dal reo, altrettanti sono i reati che gli devono essere imputati, sempre con le norme del concorso: salvo gli speciali aggravamenti di pena che in determinati casi (come negli articoli 136, 137 e 250), aggiunge la legge, quando non reputi sufficienti le sanzioni irrogate alla stregua del concorso. E ciò è rigorosamente giusto, avvegnachè, ove esista pluralità di fatti con pluralità di diritti lesi e di leggi violate, ivi deve considerarsi pluralità di reati con le conseguenze penali che ne derivano » [1]).

86. Passiamo, dunque, al comento del Codice [2]).

Il nostro Codice, a differenza di qualche Codice straniero, non ha una disposizione, nella quale si dica che il reo di più reati debba rispondere di essi tutti. E, di fatti, una tale disposizione sarebbe stata superflua, poichè il buon senso detta ad ognuno come non vi sia alcuna ragione per non rispondere di tutti; mentre le più elementari regole dell'interpretazione ci dicono che di tutti si risponde, finchè un testo della legge o una incompatibilità di nozioni non ci dica il contrario.

Invece, con l'art. 77, si dice: « *Colui che per eseguire o per occultare un reato, ovvero in occasione di esso, commette altri fatti costituenti essi pure reato, ove questi non siano considerati dalla legge come elementi costitutivi o circostanze aggravanti del reato medesimo, soggiace alle pene da infliggersi per tutti i reati commessi, secondo le*

---

[1]) Relazione al Re, XLIV.

[2]) ARABIA, op. cit., c. XV. — CASTORI, op. cit., pag. 1308 e seg. — CIVOLI, *Manuale di diritto penale*, n. 155 e seg. Milano 1900. — CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia interpretato*, vol. IV, pag. 202 e seg. Torino 1892. — FLORIAN, op. cit., pag. 319 e seg. — GARBURA, *Del concorso di reati e di pene*. Mestre 1897. — GIACHETTI, *Dei reati e delle pene in generale*, vol. III, tit. VII, cap. I e II. Firenze 1890. — IMPALLOMENI, *Il codice penale italiano illustrato*, vol. I, n. 111 e seg. Firenze 1890. — LANZA, op. cit., loc. cit. — LONGO, *Trattato di codice penale*, p. I, pag. 360 e seg. Trani 1894. — MAJNO, op. cit., vol. I, n. 358 e seg. — MASUCCI, op. cit., n. 84 e seg. — MIANI, *Recidiva, reiterazione e continuazione di reati*. Napoli 1890. — NAPODANO, op. cit., vol. I, loc. cit. — NORCEN, *Il codice penale annotato*, pag. 250. Arona 1890. — PESSINA, *Il nuovo Codice penale italiano*, p. I, pag. 110 e seg. Milano 1890. — PINCHERLI, *Il Codice penale italiano annotato*, pag. 118 e seg. Torino 1890. — TRAVAGLIA, op. cit., loc. cit. — Id., *Guida pratica per l'interpretazione e applicazione del Codice penale italiano*, p. I, pag. 26, 104 e seg. Forlì 1889-90. — TUOZZI, op. cit., vol. I, pag. 232 e seg.

disposizioni contenute negli articoli precedenti ». Vedremo quali siano le disposizioni, che qui si richiamano.

Questo art. 77, evidentemente, non è superfluo, perchè esso risolve una grave e vecchia questione, e la risolve in maniera contraria a quella seguìta dal maggior numero, forse, dei criminalisti italiani della generazione anteriore alla nostra, e perchè di contro alla regola generale pone delle regole speciali [1]).

L'art. 77 consta di due parti. Nella prima parte, si dice che anche i reati, i quali hanno tra di loro un qualche vincolo, sono dei reati distinti e, come tali, concorrenti; nella seconda, si dice che i vari reati, in certi casi, perdono la loro personalità, si fondono e formano un reato nuovo e maggiore, e, quindi, sfuggono al concorso. La legge adopera, anche qui, la parola « *fatto* », come equivalente a reato, e l'adopera per le ragioni che il lettore già conosce.

I reati concorrenti, di cui parla questo articolo, sono quelli, che si trovano in connessione ideologica, che si verifica quando un reato servì *per eseguire* l'altro, o si trovano in connessione consequenziale, che si verifica quando un reato servì *per occultare* l'altro, o si trovano in un'altra qualunque connessione, che si verifica quando un reato si commise *in occasione* dell'altro. Così, in questa prima parte, la norma, data dalla legge, si va sempre allargando, in modo che essa risponde ad ogni esigenza della pratica giudiziale.

Invece, quando uno dei reati sia, esso stesso, considerato dalla legge come elemento costitutivo dell'altro reato, ovvero quando ne sia considerato come circostanza aggravante, poichè si viene a formare un nuovo reato, che in sè comprende come componenti gli altri, si applicherà la pena di questo, e non si può parlare ancora di concorso, perchè — secondo il sistema del Codice — si ha un reato solo e non più reati, e uno stesso fatto non può imputarsi due volte.

Così, chi viola il domicilio altrui (art. 157) per percuotere (art. 372), per ingiuriare (art. 395), per stuprare (art. 331), per uccidere (art. 364) risponde, — come dimostreremo —, di due reati, e di

[1]) Che l'art. 77 escluda, in modo assoluto, l'unificazione del reato mezzo e del reato scopo in un reato solo, è chiaramente affermato, come abbiamo detto, nella Relazione al Re, XLIV. Soltanto il TRAVAGLIA (*Il nuovo Codice penale,* vol. II, pag. 365. Forlì 1889) ed il MARCHETTI (op. cit. pag. 111 e seg.) pensavano che il Codice nostro avesse accettato una diversa teoria. Ma, come ben osserva il LANZA (op. cit., loc. cit.), quest'opinione forse ha origine dal perchè quei due scrittori pubblicarono come comento del Codice ciò che non era che comento del Progetto, nel quale Progetto l'art. 73, di cui noi abbiamo parlato — articolo sostituito dall'art. 78 del Codice — poteva dar luogo a dubbi, mentre dei reati connessi, tra le dottrine generali, non si parlava.

due reati, secondo espressamente dice il capoverso dell'art. 373. risponde chi produce una lesione personale per preparare, facilitare, consumare, occultare un altro reato, o per assicurarsene il profitto, o per non essersi potuto conseguire l'intento o per procurarsi l'impunità.

Viceversa, colui che minaccia e deruba risponde d'un sol reato, la rapina (art. 406), e non anche della minaccia (art. 156), perchè la minaccia è già un elemento costitutivo della rapina. E coloro, che privano una persona della libertà, usando minacce ovvero, usando minaccia o violenza, esercitano arbitrariamente le proprie ragioni, ovvero per rubare uccidono o uccidono per assicurarsi il profitto del furto, ovvero uccidono, servendosi d'un mezzo di comune pericolo, o per rubare rompono i sigilli apposti dall'Autorità, o per rubare rompono uno scrigno, rispondono tutti d'un reato solo, che sarà, rispettivamente, il sequestro di persona aggravato dalla minaccia (art. 146 cap. 147), la ragione fattasi aggravata dalla minaccia o dalla violenza (art. 235 cap.), ovvero una specie d'omicidio qualificato (art. 366, n. 4, 5 e 6), o il furto qualificato dalla rottura dei sigilli (art. 404, n. 7), o il furto qualificato dalla effrazione (art. 404, n. 4), e non rispondono anche d'uno speciale delitto di minaccia (art. 156) nella prima e nella seconda ipotesi, non anche di rapina o di furto (art. 408, 402) nella terza, non anche d'un delitto contro la incolumità pubblica nella quarta (art. 327), non anche di violazione di sigilli (art. 201) nella quinta, non anche di danneggiamento (art. 424) nella sesta.

Queste soluzioni sono giuste: sono giuste, perchè uno stesso elemento, come dicemmo, non può imputarsi più volte e non può mettersi ove esso già si trova; sono giuste, perchè — secondo quanto dicemmo, proponendo una teoria generale — l'unione di più elementi non sempre produce una somma, onde il furto con effrazione è più che la somma d'un furto semplice e d'un danneggiamento, e la rapina è ben più che la somma d'un furto semplice e d'una minaccia, e il furto e l'omicidio connessi sono assai più che la somma d'un furto qualunque e d'un qualunque omicidio.

Di conseguenza, l'art. 77 estende la regola del concorso a certe speciali connessioni di reati, e non la estende allor che la pena, derivante dal concorso, si giudichi non adeguata alla speciale criminosità, che nasce dal contatto di due o di più lesioni giuridiche, singolarmente volute.

Si noti, intanto, che il Codice non sempre segue l'istesso sistema. Esso, mentre per l'omicidio e per la lesione seguìta da morte, che

siano connessi ad un altro reato, forma una figura di reato unico e complesso (art. 366, n. 5 e 6; art. 368), per la lesione personale, che sia connessa ad altro reato, richiama la regola dell'art. 77, pur aumentando, in pari tempo, d'un terzo la pena della lesione (art. 373).

Per la medesima ragione, il Codice espressamente dice che la pena, derivante dall'applicazione dell'art. 77, è aumentata di un sesto, quando, nell'esecuzione d'un delitto contro la sicurezza dello Stato, il colpevole commetta un altro delitto che importi una pena temporanea restrittiva della libertà personale superiore ai cinque anni (art. 136); e quando, per commettere un delitto contro la sicurezza dello Stato, s'invada un edifizio pubblico o privato, o si tolgano con violenza od inganno, da un luogo di vendita o di deposito, armi, munizioni o viveri, ancorchè il fatto importi una pena restrittiva della libertà personale non superiore ai cinque anni (art. 137). Il Codice espressamente dice che la pena, derivante dall'applicazione dell'art. 77, è aumentata da un sesto ad un terzo, per i delitti commessi dai malfattori associati, o da alcuni di essi, durante il tempo dell'associazione, o in occasione di essa (art. 250).

Eccettuati, dunque, questi casi di speciale aggravamento, decretati, in modo tassativo, dalla legge, e i casi in cui un fatto sia già previsto dalla legge come elemento costitutivo o circostanza aggravante d'un altro fatto, in tutti gli altri casi, si applicano le norme comuni a tutti i reati concorrenti, norme che studieremo tra poco.

Non è mancato, però, chi abbia sostenuto un'opinione diversa.

Secondo quest'opinione, bisognerebbe (almeno nel caso ipotizzato dal n. 5.° dell'art. 366), non solo applicare la pena dell'omicidio qualificato, ma anche la pena dell'altro reato, al quale l'omicidio fu mezzo. Si dice: che l'altro reato sia o non sia avvenuto è indifferente, poichè la qualifica è costituita non dalla effettiva perpetrazione dell'altro reato, ma dal « fine » di commettere un altro reato; e se il fine vi è sempre, anche che l'altro reato non sia stato commesso, non vi è ragione alcuna per parificare la condizione di chi commette l'omicidio, e commette poi l'altro reato, con la condizione di chi commette l'omicidio senza commettere l'altro reato. E si conclude: l'art. 77 non si applica, sol quando gli altri reati siano dalla legge considerati come elementi costitutivi o circostanze aggravanti del reato medesimo, e non può dirsi che il reato, che fu lo scopo, sia elemento costitutivo del reato, che servì di mezzo, tanto è vero che questo sussiste, anche se l'altro non sia stato commesso [1]).

[1]) Quest'opinione si trova in una Nota della *Giustizia penale*, II, 320.

Ma questa opinione, qualunque possa essere il suo valore teorico, di fronte al nostro Codice, non ci pare, in alcun modo, sostenibile. E basti ricordare la storia dell'art. 366 e guardare l'articolo 373, il quale dice che, ove concorra alcuna delle circostanze dell'art. 366, — e tra queste è appunto il vincolo che unisce i reati—, la pena è aumentata di un terzo, « ferma la pena per il reato concorrente secondo le norme dell'art. 77 », reato concorrente che è appunto quello onde si qualifica la lesione. Se, dunque, il legislatore vuole che si applichino le regole del concorso, quando un qualunque reato sia unito da un qualunque vincolo al delitto di lesione personale, è evidente come egli (se non ha scritto un ingombrante pleonasmo, abbandoni queste regole, quando un qualunque reato sia unito da un qualunque vincolo al delitto di omicidio. L'aver richiamato, appunto, l'art. 366, che si riferisce soltanto all'omicidio, rende, per virtù di contrari, la disposizione assai perspicua e chiara.

E la ragione della differenza tra quanto avviene per l'omicidio e quanto avviene per la lesione è questa: per la lesione, si è temuto che, altrimenti, non si infliggerebbe una pena adeguata, mentre per l'omicidio s'infligge la pena massima. Di conseguenza, quanto dispone questo capoverso dell'art. 373 non costituisce un *bis in idem*, ma costituisce un implicito, e forse inavvertito, riconoscimento di quel principio da noi già esposto nella trattazione teorica [1]).

Guardiamo, intanto, più da vicino questo capoverso. Evidentemente, esso, per quel che riguarda il reato concorrente, non può trovare applicazione nelle ipotesi dei numeri 1.° e 2.° dell'art. 366, e nemmeno nella ipotesi del numero 3.°, poichè difficilmente si può concepire una lesione che sia la sevizia, unita ad altra lesione.

Esso, invece, può ben trovare applicazione nell'ipotesi del numero 4.°, quando cioè si voglia cagionare ad altri una lesione personale, adoperando un mezzo di comune pericolo.

E deve trovare applicazione, non solo perchè altrimenti si avrebbe una pena troppo mite, specialmente di fronte alla pena comminata sotto il Codice sardo, ma anche, e sopratutto, perchè il legislatore ha dovuto tener conto di quei mezzi, i quali non esauri-

---

[1]) Con l'art. 366, n. 5.° e 6.°, si ha, di regola, una pena maggiore di quella che risulterebbe dal concorso, se quest'omicidio non fosse qualificato. Si ha, al contrario, per eccezione, una pena minore, quando l'omicidio sia premeditato e l'altro reato sia punito con l'ergastolo o con pena restrittiva per un tempo maggiore dei 5 anni (art. 67).

Su di questo art. 366 ritorneremo, di proposito, nel trattato dei delitti contro la persona. Lì cercheremo di risolvere i dubbi che, in questa pagina, possono nascere. Diremo la nostra opinione su questi n. 5.° e 6.°

scono la loro efficacia con il delitto che si vuole commettere, ma costituiscono un pericolo per tutti. Un tal mezzo, che è un delitto di per sè stesso (art. 300 e seg.), mentre è compreso, come circostanza aggravante, in una delle forme d'omicidio, è insieme circostanza aggravante della lesione ed è delitto con essa concorrente, per quel che, — a differenza dell'art. 366 —, sta detto nelle ultime parole dell'art. 373. [1]).

Assai più spesso, però, questo capoverso può trovare applicazione nelle ipotesi dei numeri 5.° e 6.° del richiamato art. 366, poichè è ben frequente che la lesione personale sia unita, da un qualche vincolo, ad un altro reato che la segue o ad un altro reato che la precede.

È quasi evidente come questa ipotesi si verifichi, quando la lesione personale sia connessa, in qualunque modo, con il furto. Non può dirsi, di fatti, che il furto connesso ad una lesione personale sia già un delitto nuovo, che si chiama furto violento, e non può dirsi, perchè, in tutte le ipotesi di furto violento, si parla soltanto di violenza o di minaccia di gravi danni imminenti alla persona o agli averi, di minaccia a mano armata contro la vita, di riunione di più persone delle quali una almeno sia armata, di restrizione della libertà personale (art. 406 e seg.), e non si parla punto di una violenza che arrivi sino ad una lesione personale [2]).

Onde, credo anch'io col Tuozzi [3]), e contro l'Arabia [4]), che in tal caso s'incontri un concorso di furto violento e di lesione e non già un concorso di furto semplice e di lesione. E ciò, non tanto per evitare discordanze di pene, quanto perchè il reato concorrente, cioè il furto, si è certamente commesso con la violenza, perchè l'adoperare l'arme, non esclude che con essa si sia minacciato. Nè può, d'altra parte, sostenersi che si abbia unico reato, sol perchè la lesione personale costituisce la violenza che è elemento costitutivo della rapina. In vero, la lesione è più di quanto bisogna per aversi la rapina. Lo stesso dicasi per l'estorsione ed il ricatto. Al contrario, si ha concorso di furto semplice e di lesione quando il furto sia, in qualunque modo, indipendente dalla lesione, come quando si ferisca l'avversario e, vedendolo svenuto sul suolo, gli si tolga il portamonete.

---

[1]) Nello stesso senso, TUOZZI, *Il capoverso dell'art. 373 del codice penale*, nella *Rivista penale*, XXXV.

[2]) Intorno alle ragioni, che indussero il legislatore a non includere nelle ipotesi di rapina, estorsione e ricatto anche quelle che arrivano sino alla lesione personale od all'omicidio, si veda la Relazione al Re, CXX.

[3]) TUOZZI, op. cit., loc. cit.

[4]) ARABIA, op. cit., c. XXVIII.

La lesione personale può anche concorrere con i delitti preveduti dagli articoli 140, 157, 165, 166, 187, 226, 235, senza che, nella pratica, possano sorgere difficoltà d'interpretazione.

Ritorneremo, tra poco, su di questo argomento.

Notiamo, intanto, come il capoverso dell'art. 373 possa dar luogo a nuovi problemi, a proposito del tentativo e della partecipazione.

Quando il delitto di comune pericolo si consumi per cagionare una lesione ad alcuno, e questi rimanga illeso, certamente non può negarsi, in teoria, che concorrano il delitto di comune pericolo consumato e la lesione tentata e che l'uno e l'altra siano soggetti alla regola, che stiamo studiando.

In pratica, però, pensiamo anche noi, come altri pensa [1]), che si debba riconoscere soltanto il delitto di comune pericolo, e perchè sarebbe arbitrario determinare a quali degli effetti previsti dall'art. 372 il reo mirasse, e perchè sarebbe arduo il distinguere, ad esempio, l'incendio in sè dall'incendio principio d'esecuzione del tentativo. Ma, si noti bene, questa soluzione dovrebbe cedere dinanzi all'altra, quando, in un modo qualunque, si potesse constatare l'intenzione specifica del reo e la materialità dell'incendio come principio d'esecuzione del tentativo di lesione.

Se, invece, la lesione sia consumata, e il reato, di cui essa era il mezzo o che ad essa diede l'occasione, rimanga nello stadio di tentato o mancato, — ciò che può verificarsi nelle ipotesi degli articoli 406 e seguenti e in quelle degli articoli 139, 140, 146 e simili —, si applicheranno in tutti i casi la pena aumentata della lesione, secondo il capoverso dell'art. 373, e la pena del tentativo dell'altro reato, appunto perchè la frase del n. 5.° dell'articolo 366 — « *benchè questo* (cioè l'altro reato) *non sia avvenuto* » — indica soltanto che la legge aggrava la pena del reato che non si esaurisca in sè stesso, ma non dice che, — contro quanto è disposto dall'art. 373 —, non si risponda anche dell'altro reato, sol perchè esso non sia consumato [2]).

Penso, poi, anch'io, che, viceversa, se la lesione non oltrepassasse i limiti del tentativo, e l'altro reato, invece, fosse consumato, dovrebbe applicarsi soltanto la pena di questo, poichè, essendo difficile di determinare l'entità della lesione tentata, sarebbe, praticamente, meno pericoloso imputare l'atto che la costituisce come una vio-

[1]) TUOZZI, *Ancora intorno al capoverso dell'art. 373 del codice penale*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, I. — L. PUGLIESE, *Il delitto d'incendio*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, XI.

[2]) Nello stesso senso, TUOZZI, nell'ultima op. cit., loc. cit.

lenza che dà origine ai delitti previsti dagli articoli 139, 140, 146, 154, 406, 408 [1]).

Se, finalmente, fosse soltanto tentata la lesione e fosse insieme soltanto tentato l'altro reato, si avrebbe soltanto questo secondo reato tentato in cui si fonderebbe la lesione tentata come elemento generico di violenza.

Si è detto come il capoverso dell'art. 373 possa dar luogo anche a nuovi problemi in tema di partecipazione.

La soluzione, volta per volta, — e così nelle ipotesi degli articoli 139, 140, 146, 154, 157, 406 e seg. —, va data secondo che uno dei partecipi arrivi alla violenza generica o ad una specifica lesione, di propria iniziativa e per proprio conto, e senza che gli altri ciò conoscessero, ovvero gli altri, « nel momento in cui sono concorsi nel reato », conoscessero che tale violenza generica o tale lesione specifica si commetteva o si sarebbe commessa (art. 66).

Quando tra i reati così connessi ve ne sia qualcheduno, per cui non possa procedersi senza la querela della parte lesa, e la querela non vi sia, si procede soltanto per quello o per quelli, per cui tale querela non occorre. Per questo argomento, s'intende qui ripetuto quanto fu detto, in occasione del concorso formale [2]). Diciamo soltanto che, per il sistema della nostra legislazione, può accadere che si proceda, per il reato che servì di scopo, mentre non può procedersi per il reato che servì di mezzo e, — quel che è più notevole! — può accadere che si proceda per il reato che servì di mezzo, quando anche non possa procedersi per il reato che ne fu lo scopo [3]).

Le norme del concorso si applicano, non solo quando tutti i reati vengano, insieme, allo stesso giudizio, ma anche, secondo dice l'articolo 76 nella sua prima parte, quando « *dopo una sentenza di condanna, si debba giudicare la stessa persona per un altro reato commesso prima della condanna* »..

---

[1]) Nello stesso senso, TUOZZI, op. cit., loc. cit.

[2]) Nel capitolo I di questa seconda Parte.

[3]) Così si è deciso che, mancando la querela per la violazione del domicilio, si procede per il reato, al quale esso servì di mezzo. Cassazione penale, 8 gennaio 1900 (*Rivista penale,* LI, 516). Viceversa, si è deciso che, quando il falso sia servito per occultare l'appropriazione indebita, e per questa non sia intervenuta querela, si procede soltanto per quello, Cassazione penale, 11 luglio 1893 (*Rivista penale,* XXXIX. 148); come pure l'escludersi il reato di violenza carnale non esclude la violazione di domicilio: Cassazione penale, 7 novembre 1901 (*Supplemento alla Rivista penale,* XI, 63).

Vedremo, tra poco, il regime a cui si assoggettano i reati e le pene concorrenti, e vedremo quali differenze procedurali distinguano i reati che si giudicano insieme, dai reati che si giudicano in tempi diversi.

87. Qui, è necessario guardare i risultati, ai quali è pervenuta la nostra giurisprudenza.

Ben s'intende come questi risultati si riferiscano, unicamente, a problemi i quali sorgono allor che i vari reati abbiano tra di loro una qualche relazione, per lo meno quella relazione che sorge dal loro contemporaneo nascere. Chè, al contrario, quando i diversi reati non abbiano tra loro alcuna relazione, non può dubitarsi che essi concorrano, poichè non può nemmeno sospettarsi che l'uno di essi sia elemento costitutivo o aggravante dell'altro...

È stato riconosciuto il concorso reale della violazione di domicilio con l'adulterio [1]), con la violenza carnale [2]), con la corruzione di minorenni [3]), con il ratto [4]), con le lesioni volontarie [5]) e con la rapina [6]). È stato riconosciuto il concorso reale delle minacce con le lesioni volontarie [7]), con il porto d'armi [8]), con il danneggiamento [9]), e del danneggiamento con le lesioni [10]). È stato riconosciuto il concorso reale tra la diffamazione e l'estorsione [11]) e tra l'estorsione e il danneggiamento [12]). È stato riconosciuto il concorso reale tra l'omicidio colposo e una contravvenzione alla Legge sanitaria [13]), tra

---

1) Cassazione penale, 3 giugno 1895 (*Giustizia penale*, I, 728); 14 febbraio 1902 (*Supplemento alla Rivista penale*, X, 366).

2) Cassazione penale, 12 febbraio 1896 (*Giustizia penale*, II, 267); 16 ottobre 1900 (*Cassazione unica*, XII, 173); 7 novembre 1901 (*Supplemento alla Rivista penale*, XI, 63.

3) Cassazione penale, 10 dicembre 1895 (*Giustizia penale*, II, 120).

4) Cassazione penale, 25 febbraio 1899 (*Rivista penale* XLIX, 543).

5) Cassazione penale, 15 febbraio 1901 (*Rivista penale*, LIII, 529).

6) Cassazione penale, 30 gennaio 1894 (*Rivista penale*, XXXIX, 405).

7) Cassazione penale, 26 febbraio 1890 (*Rivista penale*, XXXIV, 83); 14 giugno 1895 (*Giustizia penale*, I, 863).

8) Cassazione penale, 5 febbraio 1895 (*Giustizia penale*, I, 316).

9) Cassazione penale, 13 luglio 1900 (*Giustizia penale*, VI, 1300).

10) Cassazione penale, 13 luglio 1900 (*Cassazione unica*, XI, 1385); 18 agosto 1900 (*Rivista penale*, LII, 525).

11) Cassazione penale, 20 agosto 1895 (*Giustizia penale*, I, 1068).

12) Cassazione penale, 19 giugno 1895 (*Giustizia penale*, I, 1069).

13) Nella omessa denunzia della morte d'un animale, avvenuta per malattia infettiva, nel venderne le carni e nel dar luogo, così, alla morte d'una persona, si ravvisarono tre reati: quello previsto dagli articoli 50 e 55 della Legge sanitaria, quello previsto dall'art. 42 della stessa Legge e quello previsto dall'art. 371 del Codice penale, Cassazione penale, 2 marzo 1895 (*Giustizia penale*, I, 423). Di questa quistione, noi già ci occupammo, sotto un altro punto di vista, nel capitolo precedente: n. 56.

la lesione colposa e una contravvenzione alla Legge sanitaria [1]), tra la lesione colposa e il mal governo di veicoli [2]) o l'omessa custodia di animali [3]), tra la lesione volontaria e i maltrattamenti [4]), tra l' abuso d'autorità, previsto dal Codice militare, e l'omicidio colposo [5]). È stato riconosciuto il concorso reale tra pascolo abusivo, furto e contravvenzione forestale [6]) e tra furto e contravvenzione forestale [7]). È stato riconosciuto il concorso reale tra l'usurpazione di funzioni pubbliche e la truffa [8]) e tra l'ingiuria e il rifiuto d'atti d'ufficio [9]). È stato riconosciuto il concorso reale tra più e diversi falsi [10]), tra la bancarotta e l'appropriazione indebita [11]), tra il delitto previsto dall'art. 344 del Codice di commercio e la contravvenzione al bollo [12]), tra l'eccitamento alla prostituzione e una trasgressione di polizia relativa al meretricio [13]), nell'asportazione di due armi diverse [14]), tra la chiusura, oltre l'ora, d'un esercizio e lo spegnimento del fanale [15]), tra il contrabbando e una contravvenzione alla Legge daziaria [16]), tra la rissa e il turbamento delle elezioni [17]), tra la contravvenzione dell'art. 468 del Codice penale e la contravvenzione dell'art. 21 della

---

[1]) Nel caso di chi vende sostanze venefiche da cui derivò danno alla salute. Cassazione penale, 18 aprile 1891 (*Rivista penale,* XXXIV, 320). Anche di questa questione ci occupammo nel capitolo precedente: n. 56.

[2]) Cassazione penale, 5 dicembre 1899 (*Giustizia penale,* VI, 307).

[3]) Cassazione penale, 12 maggio 1896 (*Giustizia penale,* II, 728). Della questione, decisa con questa e con la sentenza citata nella nota precedente, ci siamo occupati: n. 56. Si ricordino, intanto, le decisioni del 20 luglio 1891 (*Rivista penale,* XXXIV, 550) e del 20 agosto e del 2 ottobre 1891 (*Monitore dei Tribunali,* 1891, 847, 926), con le quali si ritenne il solo delitto colposo.

[4]) Cassazione penale, 14 giugno 1897 (*Giustizia penale,* III, 1008). Di questa questione ci occuperemo nel trattato dei delitti contro la persona.

[5]) Cassazione penale, 5 gennaio 1895 (*Giustizia penale,* I. 8).

[6]) Cassazione penale, 29 gennaio 1895 (*Giustizia penale,* I, 248).

[7]) Cassazione penale, 18 giugno 1897 (*Giustizia penale,* III, 1008).

[8]) Cassazione penale, 19 gennaio 1898 (*Giustizia penale,* IV. 646).

[9]) Cassazione penale, 7 gennaio 1896 (*Giustizia penale,* II, 122).

[10]) Cassazione penale, 21 e 23 aprile 1897 (*Giustizia penale,* III, 689).

[11]) Cassazione penale, 3 giugno 1896 (*Giustizia penale,* II, 842).

[12]) Cassazione penale, 4 dicembre 1895 (*Giustizia penale,* II, 93).

[13]) Cassazione penale, 14 dicembre 1895 (*Giustizia penale,* II, 53).

[14]) Cassazione penale, 13 ottobre 1897 (*Dizionario penale,* I, 14).

[15]) Cassazione penale, 27 luglio 1899 (*Rivista penale,* L. 584); 30 ottobre 1899 (*Giurisprudenza penale,* 1900, 36).

[16]) E, ancorchè si tratti dello stesso fatto (si è deciso), si applicano due pene diverse, in forza dell'ultimo capoverso dell'art. 45 della Legge daziaria. Cassazione penale, 13 febbraio 1901 (*Dizionario penale,* II, 642).

[17]) Cassazione penale, 17 gennaio 1900 (*Giustizia penale,* VI, 106).

Legge di pubblica sicurezza [1]), tra il porto d'armi ed il rifugiarsi in un casotto ferroviario d'altrui dimora [2]). È stato riconosciuto il concorso reale tra l'asportazione dell'arme e il reato cui essa servì di mezzo [3]), e ciò anche quando l'arme sia un'aggravante del reato stesso [4]).

D'altra parte, è stato ritenuto che, nell'omicidio a scopo di furto, non si debba infliggere anche la pena del furto [5]); che l'omicidio a scopo di rapina non debba avere anche la pena della rapina [6]): e che il reo di omicidio oltre l'intenzione, commesso in occasione dell'esercizio arbitrario dalle proprie ragioni, non debba avere anche la pena di questo secondo delitto [7]).

Qui, s'intende bene, ci limitiamo a ricordare decisioni. Chè, qualcheduna di esse la rifiutiamo, mentre qualche altra, invece, decide cosa di cui non si sarebbe dovuto mai dubitare.

Così, non è mancata qualche decisione, con cui si è detto che non si punisce la violazione di domicilio, quando essa sia servita di mezzo ad un altro reato [8]). E questa decisione si è voluta giustificare, dicendo che la violazione di domicilio si punisce sol quando abbia come scopo un fatto innocuo, chè quando, invece, sia mezzo ad un altro reato, essa in questo resta assorbita, non avendo un proprio dolo specifico; dicendo che, nel furto, nella rapina, nell'estorsione, nell'omicidio, la violazione di domicilio non si è mai punita: dicendo che, nella Relazione della Camera dei deputati e nella Relazione senatoria, si afferma che la violazione di domicilio si punisce sol quando essa sia scopo a sè stessa [9]).

Noi rifiutiamo l'ultimo di questi argomenti, poichè, se è vero che nella Relazione della Camera dei deputati si trova una tale afferma-

---

[1]) Cassazione penale, 22 giugno 1899 (*Monitore dei Tribunali*, 1899, 735). Siamo di contrario avviso, perchè la materialità è unica.

[2]) Cassazione penale, 8 maggio 1901 (*Rivista penale*, LIV, 69).

[3]) Cassazione penale, 17 febbraio 1899 (*Rivista penale*, XLIX, 535): 10 settembre 1900 (*Rivista penale*, LIII, 577). Cfr. n. 56.

[4]) Cassazione penale, 24 aprile 1895 (*Giustizia penale*, I, 621); 23 maggio 1901 (*Rivista penale*, LIV, 323).

[5]) Cassazione penale, 28 febbraio 1895 (*Giustizia penale*, II, 320). Cfr. la sentenza del 16 aprile 1903 (*Giustizia penale*, IX, 594).

[6]) Cassazione penale, 15 febbraio 1895 (*Giustizia penale*, I, 423).

[7]) Cassazione penale, 23 agosto 1895 (*Giustizia penale*, I, 1293).

[8]) Corte di Appello di Casale, 12 dicembre e 9 maggio 1901 (*Cassazione unica*, XII, 1321).

[9]) Relazione della Camera dei deputati (VILLA), CXXXVI. — Relazione senatoria (CANONICO), l. II, t. II, c. IV.

zione, non può tuttavia dirsi che una frase adoperata, e forse sfuggita, durante i lavori preparatori, possa dar luogo ad una eccezione e ad una deroga all'art. 77 del Codice. Se quella frase non è una frase inavvedutamente sfuggita al Relatore, essa o risponde ad un concetto erroneo, ovvero, in modo poco felice, venne adoperata, per dire che non vi è anche un proprio delitto di violazione di domicilio, quando tale violazione sia, per così dire, compenetrata, per necessità di cose in un altro delitto. Così la violazione di domicilio è già compresa nel delitto di furto commesso in luogo destinato all'abitazione (art. 404 n. 3) e, nei congrui casi, può anche essere compresa nel delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (art. 235) [1].

Della Relazione senatoria, poi, non occorre nemmeno parlare, perchè in essa si dice soltanto che non pareva necessario dire, nel Codice, che l'entrare nel domicilio altrui con fine innocuo non sia reato, e ciò perchè il fine innocuo è inconciliabile con qualsiasi reato, e si dice che la violazione di domicilio è punita « non già in quanto possa avere ragione di mezzo, bensì come delitto per sè stesso, in quanto contiene la *perfetta violazione di un diritto* ». Onde, concludiamo noi, si hanno due delitti, quando per commettere un reato si sia già perfettamente violato un altro diritto.

Rifiutiamo il secondo argomento, perchè l'affermare che i due reati non si sono mai puniti insieme, non significa punto che essi non si possano insieme punire. Perchè non si sono insieme puniti? Perchè l'offeso, non ha sporto querela, stimando ridicolo l'aggiungere ai venti anni di reclusione, che colpiscono l'omicidio, anche i pochi giorni che, per effetto del concorso, verrebbero a colpire la violazione di domicilio? O, invece, perchè anche gli altri magistrati, che s'invocano come autorità, sono stati travolti dallo stesso errore?

Rifiutiamo il primo argomento. Il dolo specifico del reato mezzo non è mai assorbito dal dolo specifico del reato scopo, tranne nei casi tassativamente previsti dalla legge. Se così non fosse, sarebbe stato vano scrivere l'art. 77. Di questo passo, si corre il rischio di arrivare non si sa più fin dove!

A fortiori, poi, possiamo concludere che la violazione di domicilio, come fine a sè stessa, non si commette che dai fanciulli e dai pazzi.

Che più? È stato giudiziosamente notato che, se i due reati non si

---

[1]) Così anche la Cassazione penale, 10 novembre 1899 (*Foro italiano,* 1899, *Repertorio,* voce: *Violazione di domicilio,* n. 15).

potessero insieme punire, si arriverebbe a conseguenze assurde: si entra in casa altrui, soltanto per il gusto di violare il domicilio, e si è puniti, al minimo, con un mese di reclusione (art. 157); si viola il domicilio per ingiuriare il padrone di casa, e si sarebbe puniti, al minimo, con tre giorni di detenzione o con dieci lire di multa (art. 395) [1]).

88. Se non che, sempre che si tratti di problemi relativi al nesso di mezzo a fine, la chiave della soluzione si trova, — se non erriamo del tutto —, in quell'unico principio regolatore, principio unico, al quale s'ispirano queste nostre pagine. S'incontra un solo reato, quando la materialità del mezzo e la materialità del fine siano, naturalmente o giuridicamente, inseparabili, in maniera che se si volesse soltanto la lesione-fine, non si cagionerebbe di meno, e, se si volesse anche la lesione-mezzo, non si cagionerebbe di più. Invece, si hanno due reati, quando le due lesioni siano separate, o siano inseparabili solo accidentalmente, in maniera che ogni intenzione, e ogni rappresentazione, raggiunga un proprio effetto.

E questa soluzione, mentre è il risultato della nostra teoria, non è in disaccordo con i principî sanciti nel Codice.

Difatti, anche secondo l'art. 45, l'evento deve dirsi volontario, e quindi imputabile, così allor che di esso si abbia l'intenzione come allor che di esso si abbia la rappresentazione: tra l'uno e l'altro dei casi non vi è che la differenza la quale passa tra il dolo diretto e il dolo indiretto. Similmente, poi, secondo i principî generali del Diritto, e quindi anche secondo il nostro Codice, non può dar luogo ad un altro reato quella intenzione o quella rappresentazione che nulla cagiona oltre quanto sia già stato cagionato.

Qualche esempio chiarirà meglio il nostro assunto.

Nel fatto di colui, il quale sopprima la corrispondenza per appropriarsi del denaro contenuto nella lettera, ora si ravvisò un delitto unico, il peculato o il furto o l'appropriazione indebita, se-

[1]) Nello stesso senso, SCARLATA, *Dei delitti contro l'inviolabilità del domicilio*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, VIII. — DURANTE, *Della violazione di domicilio*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, VIII. — LOMBARDI, *Il reato di violazione di domicilio*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, IV. — BUTERA, *La violazione di domicilio qual mezzo a commettere un altro reato*, nella *Cassazione unica*, XV. In senso contrario, pare, GANGA PUXEDDU, *Intorno al delitto di violazione di domicilio*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, X. A proposito d'adulterio, si è prestata al ridicolo la disamina che, qualche volta, si è dovuta fare dalla Corte suprema (si vegga la giurisprudenza precedentemente citata), per vedere se il consenso dato dalla moglie valga ad escludere la violazione di domicilio. Ma il ridicolo non è causa che escluda il concorso di reati!

condo i casi [1]); ora un duplice delitto, la soppressione di corrispondenza e l'appropriazione indebita [2]), o la soppressione di corrispondenza ed il peculato [3]), o la soppressione di corrispondenza ed il furto [4]).

Certamente si hanno due reati, quando, con l'intenzione d'impossessarsi del denaro, si accompagni l'intenzione di violare un segreto (art. 159), o l'intenzione di sopprimere la corrispondenza (art. 160).

Il dubbio sorge quando, invece, si abbia soltanto l'intenzione d'impossessarsi del denaro, e la soppressione della corrispondenza non sia che un mezzo.

Noi pensiamo che, anche in questo caso, s'incontrino due reati.

Chi, per impossessarsi del contenuto, sopprime la lettera ha l'intenzione rivolta al primo effetto ed ha la rappresentazione del secondo effetto. E poichè, per quel che abbiamo dimostrato, tanto è il volere un effetto, quanto è il sapere che lo cagioniamo, sorge, necessariamente, un dolo specifico anche in rapporto al secondo effetto.

Tutto, dunque, si riduce a vedere se le due lesioni siano, secondo i principî esposti, separabili o inseparabili.

Le due lesioni sono separabili, tanto è vero che è possibile, dopo che si è preso il denaro, di rimandare la lettera al destinatario. E, se mi si obiettasse che il reo, in tal modo, darebbe la prova della propria reità, io risponderei che quest'argomento pietoso può avere efficacia soltanto in una sfera assai diversa da quella dell'individualità dei reati.

Colui, che sopprime una lettera, per impossessarsi di quel che è contenuto in essa, si trova nella medesima condizione, nella quale si trova colui che uccide il portinaio per penetrare nella casa.

Nè è concludente, come si è fatto qualche volta [5]), invocare, per analogia, l'unico delitto, che si commette da colui che scassina per rubare. Tutt'altro: questo furto è specialmente preveduto (articolo 404, 4.°)!

Un altro esempio.

Se, dopo avere di fatto consumato una appropriazione indebita,

---

[1]) Cassazione penale, 30 dicembre 1895 (*Giustizia penale*, II, 186), 1.° febbraio 1897 (*Giustizia penale*, III, 255), 2 dicembre 1897 (*Foro italiano*, 1898, II, 106).

[2]) Cassazione penale, 6 marzo 1895 (*Giustizia penale*, I, 525).

[3]) Cassazione penale, 17 dicembre 1898 (*Giustizia penale*, V. 658).

[4]) Cassazione penale, 21 gennaio 1893 (*Cassazione unica*, IV, 576).

[5]) Intorno a questo argomento, si vegga la sentenza del 1° febbraio 1897 (*Giustizia penale*, III, 255).

il reo, in tempo posteriore, si valga della simulazione d'un reato per giustificarsi, s'incontra, senza dubbio, un concorso di reati, uniti da quel nesso, che chiamammo consequenziale.

Ma che deve dirsi del caso, in cui l'agente, per appropriarsi del denaro, denunzi d'essere stato vittima d'un reato mai avvenuto? Che si deve dire, cioè, del caso in cui, in uno stesso momento, appariscono nel mondo esteriore e la dubitata materialità della appropriazione e la indubitata materialità della simulazione?

Il Carrara pensava che, in tal caso, s'incontri soltanto la simulazione di reato, e che l'appropriazione indebita non potrebbe dirsi nemmeno tentata, perchè, oltre della mendace denunzia, nessun altro atto esterno è stato compiuto dal reo [1]).

L'Impallomeni [2]), il Crivellari [3]), il Lanza [4]) opinano che, consumandosi l'appropriazione con la falsa dichiarazione, si dà luogo a un concorso formale. E per il concorso formale è anche il Majno [5]).

Il Perroni-Ferranti [6]), — e con lui è l'Innamorati [7]) —, pensa che qui s'incontri un concorso reale, sia perchè non può dirsi che la simulazione di reato basti alla consumazione della appropriazione indebita, poichè, quando si è in possesso della cosa, è necessaria, per delinquere, la violazione della proprietà, e sia perchè, tranne che si tratti di delitto complesso, e quindi unico, la coesistenza di due delitti (patrimoniale l'uno e sociale l'altro) deve costituire concorrenza reale, perchè occorre una doppia determinazione, e dove sono più determinazioni sono più delitti [8]).

Noi pensiamo che anche qui s'incontri un concorso reale tra la simulazione di reato e l'appropriazione indebita [9]).

Chi dice di non esser più in possesso della cosa, con questo

---

[1]) Carrara, *Lineamenti di pratica legislativa penale*: *simulazione di delitto*. Torino, 1882. Nello stesso senso, Zerboglio, *Dei delitti contro la pubblica Amministrazione e l'amministrazione della giustizia* pag. 261. Milano 1902. — L. Pugliese. *Intorno alla simulazione di reato*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, XI.

[2]) Impallomeni, *Il Codice penale illustrato* vol. I, pag. 269.

[3]) Crivellari, op. cit. vol. IV, p. 277.

[4]) Lanza, op. cit., loc. cit.

[5]) Majno, op. cit. vol. I, n. 389.

[6]) Perroni - Ferranti, *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, pag. 14 nel *Completo trattato teorico e pratico di Diritto penale*, pubblicato dal Cogliolo. vol. II, p. I, A. Milano 1890.

[7]) Innamorati, *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, p. 46. Roma 1895

[8]) La Corte suprema ora decise che si incontri un concorso reale, 13 aprile 1896 (*Giustizia penale*, II, 562) e ora che s'incontri soltanto la simulazione, 3 febbraio 1897 (*Cassazione unica*, VIII, 604). Però la prima decisione si riferisce ad un caso, in cui, forse, la simulazione era posteriore all'appropriazione.

[9]) Alimena, *Simulazione di reato*, n. 15, nel *Digesto italiano*.

solo, dice già di non volerla restituire e di non volerla più destinare all'uso per cui le era stata affidata. E questo solo è già esecuzione.

Ma l'appropriazione indebita può consumarsi, anche quando si dica che il denaro è stato smarrito, che il denaro è stato distrutto da un piccolo incendio, che il denaro è andato in fondo al mare mentre si scendeva dalla barca: può consumarsi o tentarsi, anche tacendo.

Viceversa, la simulazione di reato, se può consumarsi per nascondere un altro reato, può anche consumarsi per destare la pubblica pietà, per destare l'interesse dei propri concittadini, per spiegare l'inadempimento d'una qualunque obbligazione.

Di conseguenza, il reo, se dice di non aver potuto fare quel certo uso determinato del denaro, sol perchè il denaro gli è stato rubato, volge, senza alcun dubbio, l'opera sua, e volontariamente, a due obiettivi diversi: l'aggressione al diritto patrimoniale e l'inganno della giustizia. Questi due obiettivi non sono legati da una necessità naturale o da una necessità giuridica; questi due obiettivi sono separabili, non solo, ma sono anche separati, e il reo li unisce o li coordina, con malizia e con artificio.

Che importa mai che, con una sola azione, sia pure con le stesse parole, si violi il diritto del proprietario della cosa e il diritto della collettività? Che importa mai, dopo quel che si è dimostrato intorno alla vera natura del concorso detto formale?

Che importa mai affermare che, in un determinato caso, riuscendosi a trovare l'oggetto che si diceva rubato, — e riuscendosi a trovare appunto in seguito ad indagine eccitata dalla falsa denunzia —, si abbia una appropriazione indebita tentata? Non spetta a noi dire qual sia il momento consumativo della appropriazione indebita; diciamo soltanto che, in una simile ipotesi, se l'appropriazione fosse tentata, si avrebbe il concorso tra la simulazione di reato e l'appropriazione indebita tentata.

89. Così la nostra giurisprudenza ora ha detto che vi sia concorso reale tra ratto e corruzione di minorenni [1]) e tra ratto e violenza carnale [2]), ora, invece, ha detto che la corruzione ed il ratto siano un reato solo [3]).

---

[1]) Cassazione penale, 30 dicembre 1895 (*Giustizia penale*, II, 120); 11 settembre 1897 (*Giustizia penale*, III, 1394); 26 marzo e 2 aprile 1901 (*Rivista penale*, LIII, 656).

[2]) Cassazione penale, 26 febbraio 1897 (*Giustizia penale*, III, 459); 30 marzo 1897 (*Rivista penale*, XLV, 601).

[3]) Cassazione penale, 20 dicembre 1899 (*Cassazione unica*, XI, 393).

Noi accettiamo la prima di queste due soluzioni. La seconda, invece, ci pare del tutto erronea. Essa, infatti, dice che il ratto a scopo di matrimonio non si scompagna mai dalla libidine e che la libidine sia, quindi, parte integrante del ratto; onde, quando manchi questa, non di ratto si può parlare, ma di sequestro di persona.

Queste due proposizioni non potrebbero essere più errate. Il fine specifico — « *per fine di libidine o di matrimonio* » —, voluto dall'art. 340, differenzia il ratto dal sequestro di persona (art. 145): onde, se anche il fine di libidine potesse identificarsi con la libidine raggiunta e compiuta, resterebbe sempre fuori il fine di matrimonio, e questo basterebbe per potersi concludere che la libidine non è elemento del ratto, poichè sarebbe assurdo credere alla possibilità d'un elemento costitutivo, il quale, invece, può, in un reato, trovarsi o non trovarsi.... In vero, basta leggere l'articolo, così come è scritto, per persuadersi che il « fine di libidine » non è la libidine, come il « fine di matrimonio » non è il matrimonio. Altro è dire che un fine specifico differenzia il ratto dal sequestro di persona, altro è dire che quel fine debba essere a pieno raggiunto. Se il ratto fosse costituito dalla libidine consumata, il legislatore non avrebbe parlato di essa, con la non inonesta alternativa del matrimonio, e avrebbe chiaramente detto qualche altra cosa che non ha detto. Non solo, ma se la libidine fosse elemento costitutivo del ratto, bisognerebbe, di necessità, confessare che il rapitore arrestato, prima della libidine, non sarebbe reo di ratto, ciò che nessuno si è mai sognato di dire. La verità è che il ratto viola la libertà individuale ed i diritti famigliari, onde, sottratta la fanciulla alla casa paterna, il reato è consumato. Il fatto, che eventualmente può avvenire dopo, è la violazione d'altri diritti, quelli della pudicizia; e come la non avvenuta violazione di questi non cancella la violazione di quelli, così la violazione di quelli non implica la violazione di questi. Del resto, che la interpretazione che combattiamo non meriti alcun seguito, ben si ricava dai lavori preparatori, nei quali chiaramente si dice che fu soppresso l'art. 324 del Progetto, per cui in modo più grave si puniva il ratto accompagnato o susseguito da violenza carnale o da atti di libidine, e fu soppresso appunto perchè esso era superfluo di fronte alla disposizione generica dell'art. 77 [1]). E se l'art. 342 promette una diminuzione di pena a chi restituisca in libertà la rapita, senza aver compiuto su di essa alcun atto osceno, è chiaro che, anche quando nessun atto osceno sia compiuto, si applica la pena del ratto, quan-

[1]) Relazione al Re, CVI.

tunque diminuita, e non potrebbe applicarsi se il delitto non fosse completo, e perciò il ratto è completo anche senza la libidine [1]).

90. Un altro dibattito è sorto — e non avrebbe dovuto sorgere! — circa il concorso di violenza carnale con lesioni personali. È noto che il nostro Codice, con l'art. 351, aggrava la pena, allor che dalla violenza carnale (art. 331, 332), dagli atti di libidine violenti (art. 333), dal ratto (art. 340, 341), derivi la morte o una lesione della persona offesa, e che l'art. 336, n. 1 dice che si procede d'ufficio, quando la violenza carnale o l'atto di libidine violento o la corruzione cagioni la morte della persona offesa, o sia accompagnata da un altro delitto, per cui sia comminata una pena restrittiva della libertà personale per un tempo non inferiore ai trenta mesi e si debba procedere d'ufficio. Ora, a parte l'ipotesi della morte, che è troppo chiara, si è dubitato del carattere della lesione personale, che sia conseguenza di questi delitti. È essa un'aggravante o è un altro delitto? E la differenza tra le due soluzioni è profonda, non solo per la nozione in sè, ma anche per la proponibilità dell'azione. La nostra Corte suprema, una volta, decise che una tale lesione (nella specie: comunicazione di sifilide) è un reato a sè e che, quindi, si procede d'ufficio anche per la violenza carnale [2]); e, prima e dopo, decise, invece, che la lesione, derivante da questi delitti, qualunque sia la sua gravità, non è un delitto a sè, onde, come una conseguenza di essi, aggrava questi e non esclude, per procedersi, la necessità della querela [3]).

Questa seconda soluzione è, a nostro modo di vedere, la sola accettabile. Infatti, se, per il nostro Codice, « *la lesione della persona offesa* », la quale « *derivi* » dalla violenza carnale (art. 351), si distingue dall'« *altro delitto* » che sia ad essa « *accompagnato* » (articolo 336, n. 1), è evidente come non ogni lesione sia « *un altro de-*

---

[1]) Nello stesso senso, IMPALLOMENI, *Il codice penale illustrato*, vol. III, n. 598. — MAJNO, op. cit., vol. II, n. 2239. — A. MORTARA, *La incriminazione del ratto*, nella *Giustizia penale*, VI, il quale nota, anche, che, con l'altra soluzione, si arriverebbe a discordanze relative alla pena. — GISMONDI, *Sovra taluni casi di concorso di reati contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, nel *Foro penale*, VIII. — POZZOLINI, nella *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, I, 133. — In senso contrario, LEVI, *Il ratto e la successiva violenza carnale, quantunque commesso il primo per consumare la seconda, costituiscono due reati distinti punibili con distinte pene?*, nella *Cassazione unica*, VII.

[2]) Cassazione penale, 23 novembre 1899 (*Giustizia penale*, VI, 674).

[3]) Cassazione penale, 10 maggio 1900 (*Giustizia penale*, VI, 673). Così anche precedentemente: 22 luglio 1891 (*Rivista penale*, XXXV, 69); 25 gennaio 1892 (*Rivista penale*, XXXV, 300); 5 luglio 1893 (*Corte suprema*, XVIII, 495).

litto », altrimenti la coesistenza delle due disposizioni non s'intenderebbe; ma è altro delitto soltanto quello, che ha una propria individualità, che lo distingua dalla violenza carnale, dagli atti di libidine, dal ratto, così per l'elemento morale come per l'elemento materiale. Risponde, dunque, di violenta congiunzione aggravata chi, coll'accoppiamento, produce una emorragia o comunica la sifilide; risponde di due reati chi, dopo, percuote la vittima perchè taccia [1].

91. Da questa soluzione, possiamo risalire ad una soluzione più generale, vale a dire che i reati, i quali sono costituiti o aggravati dalla violenza, concorrono con altri reati violenti, soltanto e sempre che questi siano costituiti da una violenza maggiore della violenza che è essenziale a quelli, come quando si trascenda a lesioni personali. Fa eccezione il delitto d'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, poichè, per esso, l'art. 235 deroga alle regole del concorso, allor che la violenza non abbia prodotto un effetto più grave di quello preveduto nell'ultimo capoverso dell'art. 372 [2].

Però, bisogna intendersi intorno al significato della violenza e della lesione. È certo che, per il nostro Codice, ogni danno al corpo per quanto minimo e fugace è una lesione; ma è anche certo che, se può immaginarsi una minaccia, difficilmente può immaginarsi una violenza contro la persona, che non sia accompagnata da un danno minimo e fugace al corpo. Di conseguenza, per non portare la legge oltre i confini del ragionevole, direi che, in tutta questa materia, il concorso della lesione non si verifichi, quando la violenza si sia estrinsecata in un danno minimo e fugace. Nè contro questa interpretazione può invocarsi — *inclusio unius exclusio alterius* — l'articolo 235. Questo, difatti, comprende anche le lesioni che abbiano portato malattia o incapacità che non duri più di dieci giorni.

Restando sempre in quest'ordine d'idee, è opportuno soffermarci sull'art. 154, che prevede il delitto che si commette quando si usi violenza o minaccia per costringere taluno a fare, a tollerare, o ad omettere qualche cosa. Tra le figure aggravate di questo delitto,

---

1) Nello stesso senso, MAJNO, op. cit., vol. I, n. 2212. — CRIVELLARI, continuato dal SUMAN, op. cit., vol. VII, pag. 543. — LANZA, *La querela di parte nei delitti di violenza carnale*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, V.

2) Nello stesso senso, sostanzialmente, IMPALLOMENI, *Delitti contro le persone*, n. 213, nel *Completo trattato teorico e pratico di Diritto penale*, pubblicato dal COGLIOLO, vol. II, p. II. Milano 1889 — MAJNO, op. cit., vol. II, n. 2376. — TUOZZI, *Il capoverso dell'art. 373 del codice penale*, nella *Rivista penale*, XXXV. — BOZZI, *Della violenza e della lesione personale concorrente*, nella *Giustizia penale*, IV.

una è quella, in cui la violenza consista in una lesione. E ci soffermiamo, perchè altri, con cui, precedentemente, siamo andati d'accordo, pensa che se la lesione sia la *vis*, con cui si estrinseca la minaccia o la violenza, non si possa dar luogo al concorso, ma si applica soltanto la pena della lesione [1]). Noi pensiamo che si abbiano sempre due delitti, perchè la lesione non si esaurisce in sè stessa; perchè essa è diretta ad un altro delitto; perchè, se l'azione è unica, gli atti, per necessità di cose, sono molteplici; perchè il feritore, con il gesto e con la voce, minaccia; perchè con mostrare l'arme, per colpire e prima che il colpo parta, la minaccia è già esaurita; perchè la lesione costituisce un mezzo maggiore del mezzo, il quale basta per aversi il delitto di minaccia. E poi: perchè una soluzione diversa da quella che è stata data per i delitti previsti dagli articoli 187 e 190? Si dice: perchè nella violenza e nella resistenza contro l'Autorità, prima di arrivare alla lesione personale, si fa qualche altra cosa. E se — domandiamo — la prima e l'unica azione, con cui si è estrinsecata la violenza o la resistenza, sia appunto la lesione?

Finalmente, a proposito dell'art. 146, il quale prevede la privazione della libertà personale, commessa dal privato, e fa varie ipotesi, tra cui quella in cui « *dal fatto derivi grave danno alla persona, alla salute o agli averi dell'offeso* », è incerto se ogni e qualunque lesione sia compresa in questo grave danno. E mentre questa soluzione parrebbe la più equa e la più probabile, non si esclude, nel silenzio della legge, la possibilità che questo delitto concorra con la lesione aggravata, secondo dice il ripetuto capoverso dell'art. 373.

Di conseguenza, non possiamo accettare quei giudicati, che vollero vedere un « *medesimo fatto* » e, quindi, un reato unico punibile secondo le regole della prevalenza, nel caso di chi oltraggia e ferisce un pubblico uffiziale [2]).

E non possiamo accettarli, perchè l'oltraggio è consumato anche senza la lesione, perchè non può uguagliarsi chi oltraggia e ferisce a chi oltraggia e non fa altro; perchè l'art. 373 è troppo chiaro, allor quando dice che la pena della lesione « *se concorra alcuna delle circostanze prevedute nell'art. 366 è aumentata di un terzo* », restando « *ferma la pena per il reato concorrente secondo le norme dell'art. 77* »; perchè, dopo quel che abbiamo cercato di dimostrare nel precedente capitolo, ci pare che chi oltraggia e ferisce, non un

---

[1]) TUOZZI, op. cit., loc. cit.

[2]) Cassazione penale, 8 maggio 1895 (*Giurisprudenza penale*, 1895, I, 486). Corte d'appello di Casale, 7 settembre 1898 (in BOZZI, op. cit., loc. cit.).

solo e medesimo fatto, ma due fatti commetta, benchè in uno stesso contesto d'azioni [1]).

92. Altri problemi si propongono, ogni giorno, per determinare se esista concorso tra falso e ricettazione, ovvero tra falso e appropriazione indebita [2]). Noi, per non rendere ancora più lunghe queste pagine, accenniamo ad uno solo di essi.

Si è deciso che risponde di appropriazione indebita e di falso chi, ricevuta una cambiale in bianco, smarrita, e da altri rinvenuta e a lui data, la completi e la intesti in proprio favore. Si trattava, si noti, di cambiale non smarrita dal firmatario, ma da colui che l'aveva ricevuta a proprio favore [3]).

Noi pensiamo, come altri pensa [4]), che di falso non possa parlarsi. Poichè, in questa ipotesi, si presuppone che la cifra indicata sulla cambiale non sia stata alterata, è certo che, essendo la cambiale in bianco un titolo perfetto, non si crea nè l'obbligazione, nè la disponibilità di essa. Il firmatario non risente alcun danno e colui che ha perduto la cambiale nessun nuovo danno può patire, oltre quello già avvenuto quando l'ha perduta.

Così stando le cose, non può più parlarsi di due reati, nè di concorso formale. S'incontra, dunque, soltanto un delitto patrimoniale, che, nel caso presente è una ricettazione (art. 421), poichè, il ricettatore, che del suo delitto realizza un utile qualsiasi, non commette un delitto nuovo.

Invece, se la cambiale in bianco fosse stata rubata al firmatario, o fosse stata da lui smarrita, si avrebbe un falso, perchè solo mediante un falso si può riscuotere il denaro (art. 418 cap.). E, con il falso, concorrerebbe un delitto patrimoniale, consistente nella precedente appropriazione del foglio, che pur ha un valore [5]).

93. Si discute anche intorno al concorso del falso con la truffa.

Non v'è dubbio che il falso, il quale segua alla truffa, allo scopo di occultarla, dia luogo a due reati coordinati, ma distinti [6]).

---

[1]) Nello stesso senso, IMPALLOMENI, op. cit., loc. cit. — BOZZI, op. cit., loc. cit.

[2]) Cassazione penale, 26 agosto 1893 (*Foro italiano,* 1893, p. II, 497); 30 marzo 1901 (*Cassazione unica,* XII, 799), per l'ipotesi del mezzo; e 4 maggio 1900 (*Cassazione unica,* XI, 1035), per l'ipotesi dell'occultamento.

[3]) Corte d'appello di Messina, 16 marzo 1898 (*Cassazione unica,* IX, 1035). In questo caso, il FARANDA (nota nella *Cassazione unica,* IX, 1035) vede, benchè dubbioso, soltanto un'appropriazione indebita. Il PUGLIA (*Un quesito di dubbia risoluzione,* nella *Cassazione unica,* X) vede invece una ricettazione. Altre opinioni sono nella *Cassazione unica:* X, 1188; XL, 907, 1249.

[4]) FARANDA op. cit., loc. cit. — PUGLIA, op. cit., loc. cit.

[5]) Conf. Cassazione penale, 6 novembre 1900 (*Giustizia penale,* VII, 237); 31 luglio 1901 (*Giustizia penale,* VII, 1120).

[6]) Cassazione, penale, 16 gennaio 1896 (*Giustizia penale,* II, 191).

E se, invece, il falso sia il mezzo e la truffa sia lo scopo?

Qualche volta, si è deciso che si abbia sempre un reato solo, il falso, essendo la pretesa truffa non altro che l'uso del falso [1]); e, qualche altra volta, che si abbia un fatto unico violatore di due disposizioni di legge [2]).

Però, la giurisprudenza più costante decide che si abbiano due reati. E tra le sentenze, che hanno così deciso, ve ne sono di quelle, le quali affermano questo principio senz'altro, e di quelle, le quali dicono che vi sono due reati sol quando i raggiri e gli artifizi si aggiungano al falso, in maniera che essi siano diversi dal falso, mentre, invece, v'è un sol reato allor che la pretesa truffa non consista in altro che nell'uso dell'atto falso [3]).

Di queste decisioni talune si riferiscono al falso in atto privato, altre al falso in atto pubblico, e le specie sono diverse e, tra di esse, troviamo la falsificazione di titoli di credito, la falsificazione di cambiali, lo staccare la targhetta da un velocipede per attaccarla ad un altro che si metta in circolazione, e simili.

Si noti, intanto, che, nell'ultimo capoverso dell'art. 392 del Progetto, il quale corrispondeva all'art. 413 del Codice, stava espressamente detto che la pena della truffa veniva aumentata di un terzo, quando si commettesse col mezzo d'un reato contro la fede pubblica, il quale importasse una pena eguale o superiore.

Questo capoverso fu cancellato, perchè parve superfluo, dovendo, (si disse) anche in questo caso applicarsi le norme del concorso [4]).

Vi sono degli scrittori, quali il Tuozzi [5]), il Marciano [6]), l'Olivieri [7]), il Rocco [8]), i quali sostengono che, nel falso connesso alla truffa, come mezzo a fine, vi sia sempre un concorso di reati; e questo sostengono, appoggiandosi sui lavori preparatorî da noi ac

---

[1]) Cassazione penale, 27 giugno 1894 (*Rivista penale*, XL, 207); 16 gennaio 1896 (*Giustizia penale*, II, 191); 14 ottobre 1898 (*Foro italiano*, 1889, II, 450).

[2]) Cassazione penale, 9 febbraio 1892 (*Rivista penale*, XXXV, 485).

[3]) Cassazione penale, 25 agosto 1892 (*Corte suprema di Roma*, 1892, 589); 10 dicembre 1894 (*Legge*, I, 317); 15 aprile 1896 (*Giustizia penale*, II, 728); 7 maggio 1897 (*Giustizia penale*, III, 761); 2 giugno 1897 (*Rivista penale*, XLVI, 187); 11 ottobre 1897 (*Giustizia penale*, III, 1486); 5 febbraio 1898 (*Giustizia penale*, IV, 248); 5 giugno 1899 (*Rivista penale*, L, 157); 19 luglio 1899 (*Rivista penale*, L, 382); 16 ottobre 1900 (*Rivista penale*, LIII, 61).

[4]) Verbali della Commissione. Verbale n. XXXV. — Relazione al Re, CXXI.

[5]) Tuozzi, op. cit., vol. II, pag. 379 in nota.

[6]) Marciano, *Il titolo decimo del codice penale italiano*, pag. 211. Napoli 1890.

[7]) Olivieri, *Falso*, n. 47, 48, nel *Digesto italiano*: VI, *falsità in atti*.

[8]) Rocco, nota nel *Foro italiano*, 1900, II, 289.

cennati e insistendo sul concetto che qui vi sia un nesso di mezzo a fine, senza che il falso sia elemento costitutivo o aggravante della truffa.

L'Impallomeni, invece, ragiona così: « un grave errore è quello di ritenere un concorso, reale secondo alcuni, formale secondo altri, di falso e di truffa nel fatto di colui che esibisce un documento da lui falsificato o da altri per carpir denaro. Qui non c'è che un sol titolo di reato, quello di falso, o di uso di documento falso, che pure è una specie di falsità, secondo i casi. Se difatti si ha riguardo all'elemento soggettivo del mezzo, il raggiro o l'artifizio che si richiedono nella truffa consistono appunto nella falsificazione del documento e nell'uso che dal falsificatore o da altri si fa del documento per carpire gli averi altrui: e una stessa azione non può dar luogo a più titoli di reato,.... quando è rivolta ad un solo risultato di fatto. Se si ha riguardo all'elemento obiettivo della lesione giuridica, il falso documentale è una frode, che ha per suo contenuto la potenza di nuocere ai diritti altrui; e fra questi anche al diritto di proprietà, per modo che la frode che si commette in danno del diritto di proprietà, carpendo con inganno gli averi altrui, è contenuta virtualmente nel falso. Con la truffa dunque non si offende un diritto diverso da quello che può esser offeso col falso; e perciò, se in un fatto si può ravvisare il materiale della truffa e il materiale del falso, non vi è doppia violazione dei diritti, non perciò una doppia violazione di legge, ma la violazione di un sol diritto e di una sola disposizione di legge, quella che prevede il falso, il quale in sè comprende tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi della truffa, nel mezzo specifico della falsificazione del documento e nella sua indeterminata virtù di ledere gli altrui diritti. Il falso, quando è diretto all'illecito lucro, non è appunto che una truffa qualificata pel mezzo » [1]).

Da questi principî, l'Escobedo, — dopo avere riconosciuto anche lui che vi sono due reati, allor che la truffa fu compiuta non soltanto con l'uso del falso, ma anche con raggiri separati e distinti —, arriva ad una prima conclusione. Se estremo costitutivo del falso privato è l'uso (art. 280), colui che, con l'uso d'un falso privato, procura un vantaggio con danno altrui (art. 413), non fa che usare l'atto falso. Onde, da un lato, il colpevole non commette, oltre l'uso

---

[1]) IMPALLOMENI, op. cit., vol. III, n. 537. Nello stesso senso, MAJNO, op. cit., vol. I, n. 2065 — MARCHI, *Il falso in scrittura privata come mezzo alla consumazione della truffa*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, III.

del falso, un nuovo fatto costituente la truffa, ma, invece, con un fatto solo viola diverse disposizioni di legge e va punito con la disposizione, che stabilisce la pena più grave (art. 78); e, dall'altro, essendo l'uso elemento costitutivo del falso privato, non può dar luogo, secondo l'art. 77, ad un altro reato [1]). Poi, passa ad una seconda conclusione, contro coloro che accettano questa soluzione nell'ipotesi del falso privato e non l'accettano nell'ipotesi del falso pubblico, per cui l'uso non è elemento costitutivo (art. 275), onde, dicono, che l'uso costituisce un nuovo fatto che dà vita ad un nuovo reato: la truffa [2]). L'Escobedo risponde, in primo luogo, che può ben darsi che l'atto pubblico falso sia usato da colui, che non lo ha formato, onde costui mette in opera un sol fatto. In secondo luogo, dice che, tanto nel caso di chi forma e usa l'atto pubblico falso come nel caso di chi l'usa senza averlo formato, si deve ravvisare un solo reato, poichè il reato è tale solo in quanto reca un danno reale, mentre il danno potenziale s'incrimina per eccezione, e, come dice l'Impallomeni nelle parole ricordate, soltanto per la indeterminata virtù di ledere gli altrui diritti. Il danno arrecato dal delitto è un elemento costitutivo del delitto stesso, benchè non sempre essenziale, e mai un elemento aggravante. « La legge per siffatto delitto.... parifica il danno potenziale al danno effettivo; ma non proclama che l'effettività del danno costituisce un'aggravante del reato ». Quindi, « se l'uso dell'atto pubblico falsificato, per qualunque scopo si compia, qualsivoglia intento si raggiunga, costituisse un reato distinto dalla formazione dell'atto falso, sebbene la persona, che usa dell'atto falso, fosse la stessa che lo ha formato, dessa non potrebbe rispondere che dei due reati di falsificazione di atto pubblico e di uso di atto falsificato: essendo cosa assurda il chiamarlo a rispondere di falsificazione di atto pubblico e di truffa; dappoichè, potendo costituire l'uso del falso atto pubblico a fine di carpire denaro od altra utilità così truffa che uso di atto pubblico falso, per la disposizione dell'art. 78, questo medesimo fatto che viola due diverse disposizioni di legge dovrebbe essere punito con la disposizione che stabilisce la pena più grave, che sarebbe quella dell'articolo 281 prima parte ». E se dottrina e giurisprudenza sono concordi nel rifiutare che, ad una stessa persona, s'imputino la formazione del falso pubblico e l'uso di esso, a maggior ragione si deve

[1]) Escobedo, *Truffa e falso in atto pubblico o privato, concorso o prevalenza?*, nella *Giustizia penale*, I.

[2]) Così Bozzi, *Truffa commessa mediante l'uso di atto pubblico falsificato*, nel *Foro catanese*, 1892.

ritenere che non si possano imputare insieme la formazione del falso e la truffa [1]).

Quale è la nostra opinione?

Non può, in generale, negarsi la possibilità d'un falso che sia preordinato ad una truffa e, quindi, concorra con essa. Ma, in concreto, se il reo, al falso, altri raggiri non ha aggiunto, quel fatto che si vorrebbe punire come truffa, altro non è che l'uso del falso, il quale, come già dicemmo, si punisce soltanto in colui che non ne sia l'autore. A che sarebbe valso l'accordo dei lavori preparatori, della giurisprudenza e della dottrina, intorno all'unicità del reato in colui che usa l'atto falso da lui fabbricato, se l'uso del falso dovesse punirsi, poi, come truffa? [2]) Non bisogna, dunque, domandarsi, come fa qualcheduno, se la truffa faccia sparire il falso, ma bisogna riconoscere, invece, che, nel caso in esame, non vi è truffa, ma soltanto l'uso del falso.

Il concorso dei due reati, al contrario, vi sarebbe quando lo scopo agognato del colpevole venisse raggiunto, o si tentasse di raggiungere, non solo con l'uso del documento falso, ma anche con altri e nuovi e posteriori artifizî, come quando, ad esempio, si vincesse, o si tentasse di vincere, la incertezza del cassiere dubbioso, mostrandogli un fascio di cambiali, che valgano ad accrescere fede d'attorno alla persona che presenta l'atto falso, o presentandogli delle persone, che attestino i rapporti quotidiani che passano tra il preteso firmatario e il possessore dell'atto.

E questo, forse, si volle dire nei lavori preparatorî; e questa, forse, è la soluzione verso cui si tende [3]).

Si è anche deciso che risponde di contraffazione cambiaria chi, fatto firmare da persona debole di vista un foglio in bianco, facendole credere che si trattasse di una scritta di locazione o d'altra scritta simile, lo completi poi a forma di cambiale, protestandola: e che, per l'art. 78, risponde di contraffazione cambiaria, e non

---

[1]) ESCOBEDO, op. cit., loc. cit.

[2]) Intorno a questo assunto, si vegga quel che si è detto nel capitolo precedente: n. 62. — Nello stesso modo, commette un solo reato colui che falsifica le monete e poi le spende. Questa soluzione si ricava dagli art. 256 n. 3.°, 257 e 258 c. p. Così anche la Cassazione, 4 gennaio 1893 (*Cassazione unica*, IV, 399). Cfr. BELTJENS, *Encyclopédie du droit criminel belge*, I p. 77, n. 15. Bruxelles, 1901. Un sol reato si ha, del pari, nel caso di chi usa del foglio in bianco, dopo averne abusato. Nello stesso senso, PESSINA, op. cit., II, p. 263 e la Cassazione di Torino, 16 settembre 1881 (*Monitore dei Tribunali*, 1881, 1074).

[3]) Specialmente con la sentenza del 15 Aprile 1896 (*Giustizia penale*, II, 728).

anche di truffa, quel colpevole che una tal firma carpisca con raggiri, i quali, per sè stessi, integrerebbero il delitto di truffa [1]).

94. Vi è concorso reale tra violenza o resistenza all'Autorità (articoli 187 e 190) e danneggiamento commesso in occasione di esse (art. 425). Così pensiamo sia per quel che si disse confrontando gli art. 366 e 373; sia perchè, se si fosse formato un delitto complesso, esso si troverebbe nel titolo ove si prevede la violazione del diritto prevalente; sia perchè, altrimenti, la violenza e la resistenza si punirebbero meno, appunto allor che siano accompagnate da un altro delitto [2]).

Più avanti non andiamo nella casistica, cui siamo ricorsi per meglio ribadire i principii. E, per ciò, daccanto a problemi ardui, abbiamo posto problemi di soluzione intuitiva [3]).

V.

95. Nel Codice sardo, le regole relative al concorso di reati e di pene erano, oltre ogni dire, complesse, e ad una sì fatta complessità influiva non poco la tripartizione dei reati [4]).

Per il concorso di più crimini, si decretava l'assorbimento di tutte le pene nella pena perpetua (art. 107), non potendosi ascendere alla pena di morte, senza espressa determinazione della legge (art. 84); si decretava ancora che, quando i crimini avessero importato ciascuno venti anni di lavori forzati, dovesse questa pena applicarsi una volta, con l'aumento da cinque a dieci anni, non potendosi mai arrivare alla pena perpetua (art. 108); si decretava, finalmente, che, nel concorso di crimini importanti altre pene, dovesse

---

[1]) Cassazione penale, 16 agosto 1898 (*Rivista penale,* XLVIII, 355).

[2]) Così anche CONFORTI, *Se l'art. 425 contempli uno dei casi di eccezione preveduti nell'art. 77,* nel *Supplemento alla Rivista penale,* III. Egli riporta la contraria decisione del tribunale di S. Maria Capua Vetere (26 luglio 1894).

[3]) E i problemi sono davvero innumerevoli e quotidiani. Basti, ad esempio, ricordare anche quelli, che si propongono dinanzi al magistrato, circa il falso che sia servito per commettere o per nascondere il peculato, problemi sui quali, dopo quanto si è detto fin qui, sarebbe superfluo soffermarci. Confr.: Cassazione penale, 22 marzo 1899 (*Rivista penale,* L, 80); 7 aprile 1899 (*Rivista penale,* XLIX, 613); 28 ottobre e 4 dicembre 1899 (*Rivista penale,* LI, 77, 569); 30 gennaio 1901 (*Supplemento alla Rivista penale,* IX, 298).

[4]) ROBERTI, *Dei reati e delle pene in genere secondo la nuova legislazione d'Italia,* n. 178, Napoli 1862. — BORSARI, op. cit., n. 548. — PESCATORE op. cit., vol. II. pag. 58 e seg. — CASORATI e BORSANI, *Codice di procedura penale italiana commentato,* vol. I, § 158. Milano 1873. — SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale,* vol. I, n. 234. Torino 1878. — MASUCCI, op. cit., n. 106 e seg.

applicarsi la pena più grave aumentata secondo il numero degli altri crimini concorrenti e la qualità delle pene incorse, e, quando dovesse sorpassarsi il massimo della pena più grave, l'aumento doveva aver luogo entro il limite di cinque anni (art. 109). Si noti che si dubitava se la pena più grave fosse la pena più lunga ovvero fosse la pena più aspra, e il dubbio era grave, per le conseguenze pratiche. La giurisprudenza poi, mentre la dottrina era dubbiosa, venne alla decisione che il massimo d'una pena fosse non il massimo consentito dalla legge per quella determinata specie di pena, ma il massimo che potevasi infliggere al reato più grave [1]).

Nel concorso di crimini con delitti e con contravvenzioni, le pene correzionali e le pene di polizia si assorbivano nella pena criminale. Quando però questa fosse minore di dieci anni e la pena correzionale fosse di tre o più anni di carcere, la pena criminale si aumentava d'una durata non superiore alla metà della pena correzionale incorsa (art. 110). E, poichè il Codice di procedura distingueva, con regole speciali e diverse, i delitti connessi ai crimini dai delitti non connessi (art. 21, 22, 23, 25), — e, distinguendoli, diceva che i primi dovessero tutti giudicarsi dalla Corte d'assise e che i secondi dovessero giudicarsi dal tribunale, assorbendosi le pene detentive ad essi inflitte nella pena detentiva inflitta al crimine —, si discuteva se l'aumento previsto nella seconda parte dell'art. 110 dovesse applicarsi soltanto per i reati connessi, ovvero anche per i reati non connessi.

Nel concorso di più delitti, se essi fossero puniti con pene dello stesso genere, si applicavano le singole pene, purchè la loro somma non superasse di metà il massimo legale di quel genere di pena (art. 112); e, se fossero puniti con pene diverse, si applicavano queste diverse pene, facendosi anche la riduzione di cui si è or ora parlato quando tra i delitti concorrenti ve ne fossero anche di quelli puniti con lo stesso genere di pena (art. 113). A questi principii, si accompagnavano due eccezioni: nel concorso della pena del confino e della pena dell'esilio locale, si applicava il confino aumentato di un tempo uguale alla metà della durata che avrebbe dovuto avere la pena dell'esilio (art. 113 cap.); nel concorso della pena del carcere per oltre tre anni con la pena del confino o dell'esilio locale, potevasi aver riguardo a quella per diminuire questa (art. 114).

---

[1]) Cassazione di Palermo, 21 marzo 1870 (*Annali della Giurisprudenza Italiana*, 1870, I, 274); Cassazione di Roma, 11 dicembre 1880 (*Rivista penale*, XIII, 537) e 7 gennaio 1881 (*Legge*, 1881, I, 247).

Si taceva del concorso di delitti con contravvenzioni. Ma si opinava che la pena di polizia non potesse assorbirsi nella correzionale.

Nello stesso modo, si cumulavano le pene delle contravvenzioni, purchè non si fossero superati certi limiti (art. 115), la pena dell'interdizione dai pubblici uffici (art. 111) e in generale tutte le pene accessorie (art. 116).

Le pene pecuniarie si potevano applicare insieme alle pene criminali (art. 111) e si dovevano applicare insieme alle altre pene correzionali (art. 113).

Qualunque, poi, fosse la specie dei reati e delle pene concorrenti, doveva tenersi conto non della pena astrattamente minacciata, ma della pena incorsa in concreto. Onde, ad ogni reato, si applicava, tenuto conto di tutte le circostanze aggravanti o scusanti, la pena che il giudice stimava opportuna, e poi si procedeva all'applicazione delle regole del concorso.

Le regole del concorso si applicavano, anche, come dicemmo, per i reati scoperti dopo una sentenza di condanna a pena restrittiva temporanea, ma commessi prima. In tal caso, ora si aumentava la prima pena, ora si condannava ad una pena nuova, e, se questa fosse di genere superiore alla prima, cessava ogni effetto della precedente sentenza, ed il tempo, durante il quale la prima pena fosse stata in tutto o in parte scontata, doveva venire computato, secondo le regole dell'art. 66, nella pena inflitta colla seconda sentenza (art. 117).

Si applicavano le regole del concorso anche ai reati scoperti durante il dibattimento. A questa possibilità provvedeva, come provvede, l'art. 519 del Codice di procedura penale, articolo ancor vigente e non ancor modificato. Su di ciò torneremo.

In fine, diciamo che, con l'art. 128, il Codice sardo disponeva che colui, il quale, dopo aver goduto del beneficio d'un atto di clemenza « pei reati o per pene inflitte con sentenza », avesse commesso altri reati, punibili con pena dello stesso genere o di genere superiore, dovesse giudicarsi come reo di più reati o come recidivo, considerandosi l'atto di clemenza come non avvenuto [1]). Disponeva

---

[1]) Crediamo anche noi, col MASUCCI (op. cit., n. 115), che questa possibilità, se poteva verificarsi per la recidiva, non potesse, forse, verificarsi mai, nel concorso dei reati, perchè l'amnistia estingue l'azione (art. 830 p. p.), e quindi esclude il concorso; perchè l'indulto e la grazia, producendo il loro effetto soltanto sulle sentenze passate in giudicato (art. 826, 831 p. p.), non potevano dar luogo che alla recidiva; perchè, anche nel caso speciale previsto dall'art. 124 del Codice sardo, la nuova pena avrebbe dovuto assorbire la prima, secondo l'art. 110.

anche che, nella stessa ipotesi, si dovesse accrescere la pena del nuovo reato, allor che questo fosse punito con pena di genere inferiore. Questo articolo s'applicava anche quando, nei reati perseguibili a querela dell'offeso, questi avesse fatto cessare gli effetti della condanna già pronunziata (art. 130). Si aggiungeva ancora, benchè fosse superfluo, che non si dava concorso, quando uno dei fatti commessi venisse cancellato dal numero dei reati (art. 129).

Nel Codice toscano, le regole erano più semplici [1]).

Nella pena dell'ergastolo, erano assorbite tutte le altre pene, eccettuate le multe e le confische (art. 73); e si ritenne che questa disposizione dovesse valere sol quando realmente fosse inflitta la pena dell'ergastolo, e non anche quando un reato, punibile con l'ergastolo, fosse stato, per causa di scusanti o d'attenuanti, punito con pena inferiore.

Il concorso di più pene restrittive della stessa specie era regolato dal cumulo giuridico, che si applicava non potendosi superare il limite di venticinque anni per la casa di forza — limite che fu poi ridotto a venti con Legge del 10 gennaio 1860 —, il limite di otto per il carcere, il limite di cinque per l'esilio particolare (art. 74).

Il concorso di più pene restrittive di specie diversa era regolato nello stesso modo, dopo aver commutato le pene meno gravi nelle più gravi, le quali, di conseguenza, venivano accresciute proporzionatamente a quelle. A tal uopo, due giorni di casa di forza, tre di carcere e quindici di esilio particolare si equivalevano (art. 75).

La riprensione giudiziale, poi, era assorbita da ogni altra pena, eccettuata la multa (art. 76).

Negli altri casi diversi da questi, si applicava il cumulo materiale (art. 72).

Per il concorso di trasgressioni, il Regolamento toscano decretava il cumulo materiale illimitato per le multe e il cumulo materiale limitato, non oltre quattro mesi, per il carcere (art. 15).

Il Codice toscano, come si è già detto, applicava le regole del concorso « *ognorachè lo stesso colpevole* » venisse « *contemporaneamente condannato per più delitti dal medesimo tribunale* » (art. 77). Quindi, richiedeva l'unicità del giudizio.

Il condannato all'ergastolo, che avesse commesso un altro delitto, era punito con il prolungamento della segregazione cellulare, che era perpetua se il nuovo delitto fosse anche esso punito con l'ergastolo (art. 78).

---

[1]) PUCCIONI, *Il Codice penale toscano illustrato*, vol. I, art. 73 e seg. Pistoia 1855-59. — MORI, *Teoria del codice penale toscano*, tit. VII. Firenze 1854.

nuovo Codice di procedura penale del 1865 — come sta detto ssamente nell'art. 14 del decreto del 20 novembre 1865, deche contiene le disposizioni transitorie — non modificò, in questo ıento, alcuna disposizione del Codice penale toscano.

i. Guardiamo, come abbiamo già fatto fin qui, i lavori che pretero il Codice vigente.

el Progetto De Falco del 26 febbraio 1860, il concorso di misera punito con la pena più grave, ed era pena più grave quella ιggior durata, e la pena più grave doveva applicarsi non nel ıo e poteva aumentarsi non oltre cinque anni. Però, se la de›ne, concorrendo con i lavori forzati o con la reclusione, fosse ınga, si scontava prima la pena dei lavori forzati o della re›ne e poi si passava a scontare la detenzione (art. 119, 120). :oncorso di misfatti, con delitti o con contravvenzioni, si apva soltanto la pena del misfatto più grave, e degli altri reati teva tener conto nella latitudine del grado di pena che veniva cato (art. 121). Il concorso di delitti, il concorso di delitti e avvenzioni e il concorso di contravvenzioni erano assoggettati gime del cumulo materiale, purchè non si superassero dei lideterminati. La pena del confino poteva applicarsi separatae o cumulativamente con la prigionia o con la detenzione cornale, e, in questo secondo caso, era calcolata per un terzo della lurata (art. 122, 123, 124). Similmente, si cumulavano le pene ssorie, e si potevano cumulare le multe, le ammende e le con› speciali (art. 125). Per l'applicazione delle regole del con›, non veniva richiesta l'unicità del giudizio (art. 126).

sottocommissari De Foresta, Vaccarone, Ambrosoli, con il loro :oprogetto, proposero altro, e specialmente proposero che, nel orso di varie pene, eccettuata la reclusione perpetua, tutte si doero scontare, l'una dopo l'altra, purchè non si superasse, in ogni il limite massimo di trent'anni. Non si ritenne necessaria l'unidel giudizio (articoli 68-71).

ıa prima Commissione discusse questo controprogetto; e si notò, ialmente per opera del Carrara, come non fosse opportuno che ›ndannato passasse da una casa di pena ad un'altra e come non › giusto un limite massimo identico così per i misfatti come per litti, onde, ad esempio, si sarebbero potuti applicare anche t'anni di confino [1]).

Verbale n. 34, nell'opera: *Il progetto di codice penale e di polizia punitiva pel d'Italia,* vol. I. Firenze 1870.

Di conseguenza, nel Progetto del 18 luglio 1867, si introduceva la commutazione della pena meno grave nella più grave e si indicavano tre massimi: di trenta, di otto e di quattro anni. Il cumulo delle pene era facoltativo (art. 67-70).

Si discusse questo Progetto: si discusse se il cumulo dovesse essere facoltativo od obbligatorio e si concluse, su proposta del De Foresta, che si dovesse aggiungere, alla pena del reato più grave, una parte delle pene incorse per gli altri, e queste pene si dovessero diminuire di tanto di quanto più gravi diventano cumulandosi. Si accettò anche il criterio dell'assorbimento delle pene minori [1].

Così si pervenne al Progetto del 17 maggio 1868, nel quale le pene minori restavano assorbite e, per le altre, si applicava la più grave aumentata d'una parte della durata delle altre pene, e questo aumento oscillava tra un massimo ed un minimo, mentre la durata complessiva non poteva superare trent'anni per la reclusione e la relegazione, otto per la prigionia, la detenzione e il confino, quattro per l'esilio. Non si ritenne necessaria l'unità del giudizio, e, dovendosi scontare pene diverse, inflitte con diverse sentenze, si cominciava dalla più grave per passare alle altre (art. 64-69). Nel Progetto di Codice di polizia punitiva, si accolse il principio del cumulo materiale, purchè non si superasse una certa durata per le pene dell'arresto e dell'allontanamento (art. 15).

Il Progetto di codice penale e di codice di polizia punitiva del 15 aprile 1870, progetto redatto dalla seconda Commissione, era, in fondo, una riproduzione del progetto precedente. Le lievi modificazioni dipesero, sopratutto, dal desiderio di maggiore perspicuità e dalla coordinazione alla nuova scala penale (art. 71-76 del progetto di codice penale e art. 14 del progetto di Codice di polizia). E mentre, nel concorso di contravvenzioni, si manteneva il limite oltre il quale non potesse arrivare la pena dell'arresto (l'allontanamento non figurava più nel nuovo progetto), non si volle estendere un tal limite alle pene pecuniarie e alla pena della sospensione, perchè parve che, per queste, il cumulo non potesse riuscire troppo grave [2].

Nel progetto De Falco, ora si accettava l'aumento potestativo, ora si applicava la pena del reato maggiore e degli altri si teneva conto per determinarla, ora si applicavano tutte le pene non oltre

---

[1]) Verbali n. 53 e 54 in op. cit., vol. I.

[2]) Verbali n. 16 e 3, in op. cit., vol. II.

un certo limite. In una ipotesi, la pena si scontava in due diversi penitenziari (art. 81-86).

Per il progetto Vigliani, si assorbivano tutte le pene nella pena perpetua, che era inasprita da una segregazione cellulare uguale a quella della recidiva, quando concorresse un altro crimine punito con l'ergastolo; si accettava il principio dell'assorbimento, quando un crimine concorresse con crimini ovvero con delitti o contravvenzioni, potendosi però aumentare la pena ovvero tenendosi conto degli altri reati per determinarla; nel concorso di delitti e nel concorso di delitti e contravvenzioni, si applicava la pena più grave aumentata non oltre il doppio; nel concorso di contravvenzioni, si applicava il cumulo materiale, purchè non si fosse superata la durata massima dell'arresto e, nello stesso modo, si applicava il cumulo materiale alle pene pecuniarie, purchè non si fosse superata una certa somma, e, nel caso di commutazione, non si fosse superata una certa durata; si applicava il cumulo materiale illimitato alle confische speciali e alle interdizioni dai pubblici uffici. Queste regole si applicavano anche ai reati, commessi prima del reato per cui seguì condanna (art. 80-85). E il Ministro, per quel che riguarda il cumulo giuridico, diceva che egli aveva seguìto il sistema per cui si applica « una pena sola, una pena della stessa specie », e questa è la pena più grave, la quale poi viene « aggravata per modo nella durata, da rappresentare le altre pene, con quei ragguagli che dal prudente arbitrio del legislatore appaiono i più esatti e i più giusti » [1].

Il senatore Pescatore propose d'introdurre, a questo Progetto, delle modificazioni assai rilevanti, perchè voleva che l'aumento dovuto per gli altri reati concorrenti fosse, non più affidato alla valutazione del giudice, ma determinato e fisso, e corrispondente in durata alla metà delle singole pene concorrenti; e perchè voleva stabilire un rapporto costante tra le varie specie di pene da commutarsi in una pena unica, in modo che una certa quantità d'una pena corrispondesse ad una certa quantità di un'altra pena. Queste modificazioni, però, comprendevano soltanto le pene restrittive della libertà personale, mentre invece tutte le altre si cumulavano per intero, tranne però che la multa fosse commutata in detenzione. A questo proposito, nella tornata del 3 marzo 1875, si svolse nel Senato una assai notevole discussione tra il Pescatore e l'Eula. Le proposte del Pescatore furono respinte, e il progetto Vigliani venne sostanzialmente accettato.

---

1) Relazione VIGLIANI, XIX.

Gli articoli del progetto Vigliani, in parte, vennero riprodotti nel progetto senatorio del 25 maggio 1875, in parte, al contrario, furono del tutto mutati. Per gli articoli mutati, dunque, in questo progetto, si diceva che, nel concorso di uno o più crimini con uno o più delitti, si applicava la pena criminale maggiore, tenuto conto degli altri crimini e dei delitti nel determinarne la misura, ed aumentando anche la pena da uno a cinque anni oltre il massimo (art. 81 § 1); che, nel concorso di crimini con contravvenzioni, la pena di quelli dovesse assorbire la pena di queste (art. 81 § 2); che, nel concorso di delitti e contravvenzioni e nel concorso di sole contravvenzioni, si dovessero applicare, separatamente, la pena correzionale al delitto o ai delitti, secondo l'articolo precedente, e le pene di polizia stabilite per ciascuna contravvenzione, purchè non si eccedesse la durata massima dell'arresto (art. 83).

In seguito ad una notevole discussione, nel seno della Commissione ministeriale [1]), non poche modificazioni furono introdotte nel testo del progetto. Si propose che, nel concorso di due crimini punibili con pene temporanee, si dovesse applicare la pena più grave, aumentata entro i limiti relativamente determinati, e che qualora il crimine sottoposto a pena più grave meritasse il massimo, ovvero il concorso fosse di più di due crimini, la pena potesse aumentarsi da uno a cinque anni oltre il massimo (art. 80). Si propose che, nel concorso di crimini e delitti, dovesse applicarsi la pena criminale, tenuto conto dei delitti nel determinarne la misura, con la facoltà dell'aumento contenuta nella disposizione precedente (art. 81). Si ripetevano, per il concorso di delitti, le stesse regole che si eran poste per il concorso di crimini, e, nello stesso modo, si aggiungeva che la pena potesse aumentarsi sino a due anni oltre il massimo, quando concorressero più di due delitti ovvero uno dei delitti meritasse già il massimo (art. 82). Si fissò un limite più basso al cumulo materiale delle multe e delle ammende e alla pena restrittiva risultante dalla loro commutazione (art. 84). Non furono modificate le disposizioni relative al prolungamento della segregazione cellulare, quando uno dei crimini concorrenti fosse l'ergastolo (art. 80), non fu modificata la regola, per cui, nel concorso di crimini o delitti con contravvenzioni, la pena di queste dovesse restar assorbita nella pena di quelli (art. 81), come non vennero modificate tutte le altre disposizioni relative a questo argomento. Nel concorso di più contrav-

---

[1]) Verbale n. 8, in *Lavori della Commissione istituita con decreto 18 maggio 1876 dal ministro* MANCINI. Roma 1876.

venzioni, accanto al divieto di sorpassare il limite massimo dell'arresto, nel formare il cumulo materiale, si aggiunse l'identico divieto per la prigionia (art. 83), che fu una nuova specie di pena che la Commissione aggiunse.

Qualche osservazione e non rilevante venne, per questa parte, al progetto senatorio e alle proposte della Commissione [1]).

Venne, quindi, il progetto Mancini del 25 novembre 1876. Con esso si proponeva, nello stesso modo, di applicare una pena sola, « quella *che è più grave per la specie* », aumentandola nella sua durata « *entro i limiti relativamente determinati* » [2]).

Di conseguenza, per quel che si riferisce al concorso di crimini e di delitti, vennero ripetute le disposizioni del progetto precedente, così come era stato modificato dalla Commissione. Invece, varie novità furono introdotte in tema di contravvenzioni, che furono distinte, secondo che fossero punite con pene superiori a quelle di polizia, ovvero con pene di polizia. Onde, nel concorso di crimini con contravvenzioni, nell'aumentare la pena più grave, si teneva conto anche di queste, purchè punibili con pene della prima specie, mentre, al contrario, per le contravvenzioni, punibili con pene della seconda specie, si applicava senz'altro l'assorbimento (art. 78); nel concorso di contravvenzioni, punibili con pene della prima specie, si applicava la pena più grave aumentata, e, quando concorressero più di due contravvenzioni o una di esse fosse già punita col massimo, la pena poteva superare il massimo sino a due anni, e questa disposizione vigeva anche per il concorso di delitti (art. 79); e nel concorso di delitti o di contravvenzioni, punibili con pene della prima specie, con contravvenzioni punibili con pene di polizia, e nel concorso di più di queste ultime, si applicavano separatamente la pena correzionale e le pene di polizia, purchè, nel loro complesso, non avessero ecceduto la durata massima della prigionia o dell'arresto (art. 80).

Come si vede, con l'art. 79 del progetto Mancini, era possibile applicare una pena maggiore della somma delle singole pene concorrenti, poichè, quando fossero concorsi un reato punibile col massimo di due anni e un altro punibile col massimo di un anno, si potevano infliggere quattro anni. E questo, se non è in disaccordo con uno dei lati della teorica da noi sostenuta, era, di certo, in di-

---

[1]) *Sunto delle osservazioni e dei pareri*, pag. 273 e seg. Roma 1877.

[2]) Relazione MANCINI, XXVII.

saccordo con tutto il sistema del progetto. E veramente questo inasprimento peculiare ai reati minori riusciva inaspettato.

Queste disposizioni furono, sostanzialmente, riprodotte dal controprogetto della Commissione (art. 63-67) e dal progetto del 7 dicembre 1877 (art. 70-75), col quale si modificarono soltanto due cose: nel concorso dell'ergastolo con un'altra pena criminale, la segregazione cellulare era soggetta ad un prolungamento proprio, che non era però il prolungamento della recidiva (art. 70 § 3), e, nel concorso di delitti e contravvenzioni, si mantenne il cumulo materiale limitato, senza riprodurre la distinzione tra le varie specie di contravvenzioni (articolo 73).

Il primo progetto Zanardelli, quello del maggio 1883, disponeva che, nel concorso di più delitti per i quali la legge decretava pene restrittive della libertà personale superiori a cinque anni, si dovesse aumentare da uno a cinque anni il periodo della segregazione cellulare, qualora uno di essi fosse punito con l'ergastolo (art. 63); che, nel concorso di due delitti per i quali la legge decretava pene temporanee superiori a tre mesi, si dovesse applicare la pena più grave, in misura superiore al minimo e tenuto conto del delitto concorrente, mentre se la pena più grave si fosse dovuta applicare nel massimo, ovvero se fossero concorsi più di due delitti puniti con pene temporanee eccedenti tre mesi, la pena potesse aumentarsi di un grado, ed, esauriti i gradi di essa, potesse aumentarsi fino a due anni ed anche fino a cinque, qualora i delitti fossero puniti con pene eccedenti i cinque anni (art. 64); che, invece, quando i delitti fossero punibili con pene non eccedenti tre mesi, le pene dovessero cumularsi, purchè in complesso non eccedessero la durata di cinque anni, e ciò sia che tali delitti concorressero tra di loro, sia che concorressero con i delitti più gravemente puniti, dei quali si è parlato (art. 65); che si dovessero cumulare illimitatamente le confische speciali e le incapacità e che si dovessero cumulare, non oltre diecimila lire, le pene pecuniarie (art. 66); che tali disposizioni, finalmente, si dovessero applicare anche agli altri reati, commessi precedentemente alla condanna (art. 67).

Queste norme, diceva il Ministro, erano « informate ai principii di una giusta e congrua responsabilità e secondo le più eque esigenze di una soddisfacente repressione » [1]).

Queste norme furono riprodotte integralmente dal progetto Savelli (art. 63-67) e integralmente dal Pessina (art. 63-67), tranne

---

[1]) Relazione ZANARDELLI sul primo progetto, pag. 14.

una lieve variante, relativa all'ulteriore inasprimento nel concorso di delitti punibili oltre tre mesi, e quando i gradi di pena fossero esauriti, variante per cui, laddove si era detto fin ora che esso fosse riservato ai « delitti puniti con pene eccedenti i cinque anni », si diceva che esso fosse riservato ai « reati puniti colle pene della reclusione o della relegazione ».

Di seguito, il controprogetto della Camera dei deputati riprodusse il progetto del 7 dicembre 1877 (art. 74-79) e fu, a sua volta, riprodotto dal progetto Tajani del 23 novembre 1886 (art. 74-79).

97. Arriviamo, così, all'ultimo Progetto.

Il Ministro, nella sua relazione, cominciava con dire che la ripristinata bipartizione dei reati e l'abolizione dei gradi nelle pene gli permettevano di adottare un sistema di calcolo delle pene concorrenti meno incerto, più giusto e più rispondente ai fini della repressione, di quello accolto nei progetti anteriori. « Col nuovo sistema si conseguono questi due intenti: di evitare, da un lato, ogni cumulo assoluto di pene, e, dall'altro, qualsiasi assorbimento puro e semplice della pena inferiore in quella superiore; ottenendosi ad un tempo che ciascun reato, anche minimo, pesi sempre sulla bilancia della giustizia, ed importi, fin dove è possibile, un aumento di pena. Ciò non pertanto, più pene temporanee, qualunque fosse il numero dei reati concorrenti, non porterebbero mai ad una pena di così lunga durata da equivalere nel fatto ad una pena perpetua, mentre la pena risultante dalle molteplici contravvenzioni non potrebbe mai trasmodare i confini che il legislatore crede propri ad esse. Prescindendo adunque da ciò che in conformità di Progetti anteriori è disposto intorno al concorso di più pene, una delle quali sia quella dell'ergastolo (art. 66), il concorso di più delitti che importino la stessa specie di pena restrittiva della libertà personale, diversa dall'ergastolo, è regolato con unica norma: e questa è che sia applicata la pena stabilita per il delitto più grave, con un aumento pari al terzo della complessiva durata delle altre pene, purchè non si eccedano mai trent'anni per la reclusione e per la detenzione, e sette anni per il confino e l'esilio locale (art. 67 prima parte). La stessa norma è seguita nella ipotesi del concorso di delitti importanti pene restrittive di specie diverse, ma affini, quali sono la reclusione in concorso con la detenzione, ovvero il confino in concorso con l'esilio locale, applicandosi il computo suaccennato come se tutti i delitti concorrenti importassero rispettivamente quella fra le due pene, della reclusione o della detenzione, del confino o dell'esilio, che sia applicabile per una durata maggiore. Al magistrato poi spetterà, nella

latitudine della pena di cui dispone, valutare la differente specie dei delitti medesimi in relazione alla differente specie di pena comminata per essi. La norma non varia, e questo parmi costituisca un indubbio miglioramento, neanche quando si tratti del concorso di uno o più delitti con una o più contravvenzioni, le quali importino la pena dell'arresto, o di tali contravvenzioni fra di loro. Per altro, nel primo caso, la minore entità politica ed intrinseca della pena dell'arresto, in confronto a quella della reclusione o della detenzione, richiede che sia ridotta al sesto la durata complessiva della pena dovuta per le contravvenzioni in aumento alla pena dovuta per il delitto (art. 69); e, nel secondo caso, la pena dell'arresto dovuta per la contravvenzione più grave soffre un aumento pari alla metà della durata complessiva delle altre pene, purchè in complesso non si oltrepassi mai il limite massimo di tre anni (art. 70). Uguale cura di evitare e il cumulo incondizionato e la soverchia esorbitanza dai limiti razionali di ciascuna specie di pena, si è avuta nella concorrenza delle pene della interdizione temporanea dai pubblici uffici, della sospensione dall'esercizio di una professione od arte, e di pene pecuniarie » [1].

E la Relazione, fatta a nome della Commissione della Camera dei deputati, applaudiva a questi postulati, e aggiungeva esser principio dominante della nuova legislazione che « il reo debba sottostare ad una totalità di pena, la quale, senza essere uguale alla somma delle pene incorse per ciascun reato, sia però in proporzione del numero e della gravità dei reati concorrenti ». E, dopo aver detto come, per esso, si escludesse l'assorbimento della pena minore nella maggiore, ed il « cumulo materiale assoluto », si concludeva: « questo principio ha invece un fondamento rigorosamente giuridico in ciò che i reati non si accumulano, come non si assorbiscono fra loro, ma operano un danno sociale progressivo: il quale, poichè dipende da un fatto puramente morale, dalla opinione, cioè, della scemata sicurezza, non può crescere in ragione aritmetica delle delinquenze. Questo pubblico danno, che è la sola ragione per cui un'azione è considerata quale un reato, non si moltiplicherà mai per il numero dei reati commessi; poichè non può mai avvenire che i cittadini sentano, a mo' d'esempio, per due o più lievi delitti quello stesso spavento che proverebbero per un grave delitto. E se questo non può avvenire, e se la responsabilità di un delinquente deve essere proporzionata al danno sociale da lui cagionato, il cumulo assoluto

---

[1] Relazione ZANARDELLI sul progetto, LX.

delle pene è privo di un fondamento di giustizia, giacchè per esso può avvenire appunto che il reo di più lievi delitti sia tenuto a subire una somma di penalità quale sarebbe dovuta per un grave misfatto, quale potrebbe anche eccedere la durata ordinaria della vita umana, assumendo in tal modo le proporzioni di una pena perpetua » [1].

Anche la Commissione senatoria applaudiva al sistema del progetto, il quale accettava « il dogma comunemente accolto di evitare dall'un canto l'assorbimento puro e semplice della pena minore nella pena maggiore (che offende le proporzionalità) e dall'altro il cumulo materiale delle pene (che esaspera oltre misura la pena di ciascuno dei reati), e segue quella via intermedia che piglia nome di *cumulo giuridico*, cioè di una pena aumentata in proporzione del numero e della gravità dei reati concorrenti » [2].

Guardiamo gli articoli del progetto, accompagnandoli delle osservazioni, che vennero fatte dalla Commissione di revisione, nelle adunanze tenute nei giorni 27 e 28 febbraio e 19 marzo 1889 [3].

Art. 66: « *Al colpevole di più delitti, che importino pene restrittive della libertà personale eccedenti cinque anni, una delle quali sia quella dell'ergastolo, si applica questa pena, aumentando da uno a cinque anni il termine stabilito nel capoverso dell'articolo 11 per l'ammissione al lavoro in comune, e fino a dieci ove anche l'altro reato importi la pena dell'ergastolo* ».

Nulla, per questo articolo, si disse che meriti d'essere ricordato.

Art. 67 : « *Al colpevole di più delitti, che importino la stessa specie di pena restrittiva della libertà personale diversa dall'ergastolo, si applica la pena stabilita per il delitto più grave, con un aumento pari al terzo della durata complessiva delle altre pene, purchè non si eccedano mai trent'anni per la reclusione e la detenzione, e cinque anni per il confino e l'esilio locale.*

« *Se fra i delitti concorrenti taluni importino la pena della reclusione ed altri quella della detenzione, ovvero taluni la pena del confino ed altri quella dell'esilio locale, la disposizione precedente si applica come se tutti importassero rispettivamente quella delle due pene che deve applicarsi per maggiore durata* ».

La Sotto-commissione aveva proposto un art. 67 *bis* così concepito : « *Il colpevole di due delitti, uno dei quali importi la pena della*

---

[1]) Relazione della Camera dei deputati (VILLA), XCIV.

[2]) Relazione senatoria (PESSINA), P. I, c. III, § 4.

[3]) Verbali della Commissione: verbali n. XIV, XVI, XLII.

reclusione e l'altro quella della detenzione, è punito giusta le seguenti disposizioni:

1.° *se la pena della reclusione non supera un anno e non raggiunge il terzo della durata della detenzione, si applica quest'ultima pena con un aumento pari alla metà della durata della reclusione;*

2.° *in ogni altro caso si applica la pena della reclusione con un aumento pari al terzo della durata della detenzione, purchè non si eccedano i trent'anni.*

« *Concorrendo più di due delitti, prima di applicare, secondo i casi, l'una o l'altra delle precedenti disposizioni, si applica quella dell'articolo precedente per i delitti che importano la stessa specie di pena* ».

Il Lucchini, relatore, notava, a nome della Sotto-commissione, come si fosse voluto ridurre le varie specie di pene ad una specie unica, per evitare il passaggio da un penitenziario ad un altro, e come si fosse data la prevalenza, non alla pena di maggior durata, ma alla reclusione, pena più aspra, per evitare che si possa sfuggire a questa commettendo un delitto punibile con la detenzione; notava come, nell'aumento, si fosse tenuto conto della minore intensità della detenzione e come, alle regole della prevalenza della pena più aspra, si fosse fatta una ragionevole eccezione, per il caso in cui la durata della pena della reclusione fosse di gran lunga minore della durata della pena della detenzione; notava come il capoverso dell'art. 67 *bis* venisse proposto per i casi in cui più di due delitti concorressero, onde veniva disposto di procedere all'aumento per i delitti che importano la stessa specie di pena, per ridurre poi tutto ad una pena unica, e concludeva che, per il confino, eliminato dalla sotto-commissione, bastasse riprodurre l'art. 68 del testo ministeriale, cancellando la menzione dell'esilio locale.

Il Calenda, il Puccioni, il Pessina, il Costa, l'Eula, l'Auriti fecero osservazioni in vario senso, ma tutte relative alla proporzione dell'aumento che a qualcheduno sembrava eccessivo. Il Lucchini rispose. Di conseguenza, la prima parte dell'art. 67 venne approvata, cancellando le parole « esilio locale », e alla seconda si sostituì l'art. 67 *bis*.

Art. 68: « *Al colpevole di due delitti, uno dei quali importi la pena della reclusione o della detenzione e l'altro quella del confino o dell'esilio locale, si applica la pena della reclusione o della detenzione ed anche le pene del confino o dell'esilio, ridotte queste di un terzo.*

« *Se più sono i delitti che importino la pena della reclusione o della detenzione, ovvero più quelli che importino la pena del confino o dell'esilio locale, si applicano altresì le disposizioni dell'articolo precedente* ».

Il Lucchini disse che la Sotto-commissione avea soppresso questo articolo, avendo eliminata la pena del confino e la pena dell'esilio locale, ma poichè la pena del confino non si voleva più eliminare, era naturale che questo articolo dovesse riprodursi. E questo articolo venne riprodotto cancellando le parole: « esilio locale ».

In questa occasione, il Nocito notava che, al sistema proposto nel Progetto di dare la misura fissa degli aumenti e delle diminuzioni, sistema poco rispondente ai casi concreti, fosse da preferire il sistema dei gradi, accolto dal Codice sardo, potendosi spaziare entro la latitudine del grado. Rispose il Lucchini che, con il nuovo codice, il giudice avrebbe applicato l'aumento o la diminuzione, dopo aver determinato la pena normale, che è come il punto di partenza, e, nella determinazione di questa pena normale, è ben possibile spaziare.

Art. 69: « *Al colpevole d'uno o più delitti e di una o più contravvenzioni, che importino la pena dell'arresto, si applica la pena che risulta per il concorso di più delitti, secondo le norme stabilite negli articoli precedenti, con un aumento pari al sesto della durata complessiva dell'arresto dovuto per le contravvenzioni* ».

Questo articolo venne approvato così come era redatto.

La Sotto-commissione propose, con l'art. 69 *bis*, quanto segue: « *Nei casi preveduti nei due articoli precedenti, per determinare gli effetti della condanna penale, giusta le disposizioui degli articoli 32, 33 e 34, si ha riguardo soltanto alla pena dovuta per il delitto che importa la reclusione di maggior durata* ».

Questa disposizione, notò il Lucchini, è importante, perchè, mentre si può dubitare se gli effetti penali si misurino sulla risultante o sulle singole pene, la Sotto-commissione propone che si debbano misurare sulle singole pene, perchè l'interdizione segue la qualità del reato piuttosto che la quantità della pena.

Dopo discussione, alla quale parteciparono anche il Pessina, l'Eula l'Auriti, il Costa, il Calenda, il Demaria, il Puccioni, l'Inghilleri, questo articolo venne approvato, sopprimendo la parola « *due* » per dargli una più larga applicazione, e dicendo: « *si tien conto soltanto della pena* », invece di dire « *si ha riguardo soltanto alla pena* ».

Art. 70. « *Al colpevole di più contravvenzioni, che importino la pena dell'arresto, si applica la pena stabilita per il reato più grave, con aumento pari alla metà della durata complessiva delle altre pene, purchè non si eccedano mai tre anni* ».

L'articolo fu approvato senz'altro.

Art. 71. « *Le pene dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici e della sospensione dall'esercizio di una professione od arte, stabilite per ciascun reato, sono sempre applicate tutte, purchè nella durata non si ecceda mai il doppio del limite massimo fissato per ciascuna di esse.*

« *Sono del pari applicate le confische speciali e le pene pecuniarie stabilite per ciascun reato, purchè non si ecceda mai per queste ultime la somma di lire quindicimila nei delitti e di lire tremila nelle contravvenzioni.*

« *In caso di conversione di una pena pecuniaria in una pena restrittiva della libertà personale, la durata di questa non può mai eccedere diciotto mesi* ».

La Sotto-commissione aveva proposto di modificare quest'ultimo capoverso, dicendo « *conversione delle pene pecuniarie* », invece di « *conversione d'una pena pecuniaria* », e aggiungendo la nuova regola: « *e in caso di concorso della multa con l'ammenda, la conversione si fa sempre nella pena della detenzione* ».

Il Lucchini espose le ragioni evidenti che queste modificazioni consigliarono, e l'articolo fu approvato con la raccomandazione di suddividerlo in due, per staccare in modo chiaro le regole relative all'interdizione e alla sospensione dalle regole relative alle pene pecuniarie.

Art. 72. « *Le norme contenute nei precedenti articoli si applicano anche nel caso in cui, dopo una sentenza di condanna, si debba giudicare la stessa persona per altro reato commesso prima della condanna* ».

La Sotto-commissione propose che a questo articolo, dopo aver soppresso le ultime quattro parole, si aggiungesse un capoverso così concepito: *Ove però si tratti di un reato commesso dopo la condanna, nel caso degli articoli 67 e 67* bis, *numero 1.°, l'aumento è di due terzi; nel caso dell'articolo 67* bis, *n. 2.°, è della metà, e nel caso dell'art. 69 è di un terzo, tenendo conto soltanto della parte di pena che rimane da scontare, e salvo, se vi sia luogo, l'aggravamento di pena per la recidiva* ».

Il Lucchini cominciò col notare come anche il capoverso aggiunto dalla Sotto-commissione non comprenda che un caso di concorso di pene, onde, salva la recidiva, non vien meno la ragione per applicare una pena unica, perchè anche in questo caso le pene scontate senza interruzione costituiscono una sofferenza maggiore della somma delle sofferenze delle pene espiate isolatamente. Però concluse che la misura dell'aumento dovesse essere più severa che in ogni altra specie di concorso.

Il Calenda e il Pessina, al contrario, dissero che con questo capoverso si sarebbero confusi il concorso e la recidiva. Quando si scoprono reati commessi prima di una sentenza di condanna, si rimane sempre nell'orbita del concorso; ma quando si commettono reati dopo la sentenza di condanna, non si verifica che la recidiva pura e semplice, poichè il reo mostra di non essersi emendato dopo la prima condanna. Con la proposta della Sotto-commissione, invece, la pena si accresce per la recidiva e poi si diminuisce per il concorso.

Il Faranda s'associò al Calenda e al Pessina.

L'Auriti osservò che, se, mentre si sconta la pena della detenzione, si commette un altro reato punito di reclusione, non si potrebbero successivamente scontare le due pene con le rispettive graduazioni. È dunque necessario unificare le pene.

Il Lucchini ricordò come, nel caso in esame, non vi sia concorso di reati, ma concorso di pene.

Il Tolomei rispose non trattarsi che di semplice recidiva, tanto che lo stesso articolo, così come è proposto, non esclude l'aggravamento di pena dovuto alla recidiva.

Il Lucchini rispose che la recidiva e il concorso non si escludono. È necessario, prima, applicare per il nuovo reato la pena ridotta, che si aggiunge alla pena che resta da scontare per il precedente reato, e, poi, applicare l'aumento dovuto alla recidiva.

L'Eula notò che le osservazioni dell'Auriti giustificano soltanto l'unificazione del modo d'espiazione della pena in corso d'esecuzione e della pena sopravvenuta, ma non giustificano la riduzione di questa.

Il Demaria — e con lui era anche il Faranda — osservò come la risoluzione di questo dubbio dipendesse intimamente dalla risoluzione del problema della recidiva, poichè, se non si avesse recidiva se non quando la pena fosse già del tutto scontata, nel caso presente non si potrebbe più parlare di recidiva. Osservò ancora come ragioni di umanità consigliassero la diminuzione delle pene, poichè qui ricorre la stessa ragione che consiglia la diminuzione delle pene in ogni altra specie di concorso.

Il Pessina sostenne che solo la prima parte dell'art. 72 avesse ragione di essere e che la seconda parte, invece, non fosse che una semplice figura di recidiva, da porsi nel titolo della recidiva, cancellando naturalmente la clausola: « *e salvo, se vi sia luogo, l'aggravamento di pena per la recidiva* ».

L'Eula osservò che, lasciandosi l'articolo dove era stato posto, dovesse conservarsi tale clausola, poichè per i reati commessi prima

della condanna non vi sarebbe recidiva, mentre recidiva invece vi sarebbe per i reati commessi dopo.

Il Puccioni propose che, dopo le parole: « *ove però si tratti di un reato commesso dopo la condanna* », si aggiungesse: « *ma nel tempo dell'espiazione della pena* », e che si cancellasse la clausola: « *salvo, se vi sia luogo, l'aggravamento di pena per la recidiva* ».

L'Auriti rispose essere inutile l'aggiunta, proposta dal Puccioni, poichè il significato di essa è già compreso nella clausola: « *tenendo conto soltanto della parte di pena che rimane da scontare* ».

Il Lucchini disse che si dovesse conservare la clausola relativa alla recidiva, poichè, col sistema della Sotto-commissione, anche accogliendosi la recidiva generica, essa non si calcolerebbe che al terzo reato, onde ben può darsi un reato che non dia luogo a recidiva, benchè sia stato commesso dopo la condanna.

Si approvò così la prima parte dell'articolo, si sospese ogni deliberazione sulla seconda, e si stabilì che, se questa non fosse stata approvata, a quella si sarebbero aggiunte le parole: « *commesso prima della condanna* », così come si trovavano nel testo ministeriale.

La discussione fu ripresa dopo qualche giorno, e dopo che si erano votati gli articoli relativi alla recidiva.

Il Lucchini aprì la discussione, dicendo che le stesse ragioni, che consigliano la mitigazione di pena per il reiteratore, la consigliano per colui che delinque mentre sconta una pena. Può quest'ultimo meritare un trattamento meno benigno di quello che vien fatto al reiteratore, ma, senza dubbio, non gli si può negare una mitigazione di pena.

Il Calenda obiettò che, con l'apparenza di una questione di coordinamento, si sarebbe, con tale disposizione, introdotta nel progetto una radicale innovazione, non giustificata da tradizioni, nè domandata da alcuno nella Camera dei deputati o nel Senato. In vero, mentre la recidiva importa un aggravamento di pena, con questo articolo si verrebbe a concedere al recidivo una mitigazione di pena. E, dopo che la Commissione ha, col suo voto, creduto che, ad aversi recidiva, basti una condanna e che nella recidiva si debba aggravare la pena, mal si comprende come, dopo una condanna, la pena debba essere mitigata. Questo articolo, egli concluse, è un giubileo per i delinquenti, giubileo di cui largamente sapranno avvalersi l'evaso dal carcere e il contumace.

Il Demaria, al contrario, disse che questo articolo avrebbe completato le disposizioni, relative alla recidiva, poichè esso risolve un

dubbio, del quale nessuno aveva finora tenuto conto. Se per mitigare l'espiazione di pene successive, si è evitato il cumulo materiale, è naturale che, cumulando nella pena precedente un'altra condanna, si avrebbe un risultato iniquo ed ingiusto, perchè prolungare di dieci anni una pena restrittiva, quando un'altra di eguale durata è già in corso d'espiazione, significa infliggere al delinquente, in realtà, una pena superiore a quella di dieci anni, che fu la pena da lui meritata.

L'Auriti insistè, come nella tornata precedente, sulla necessità d'intendersi circa l'unificazione della prima e della seconda pena, dovendo questa soluzione precedere la soluzione del problema agitato.

Il Calenda, invece, riconobbe che, nel concorso di due pene di diversa specie, si possa determinare quale specie di pena debba prevalere, ma aggiunse che questo non significa punto che la pena del recidivo debba essere diminuita.

Il Lucchini disse che, con simile disposizione, nessun beneficio si concede al condannato; ma che, ad ogni modo, si sarebbe corretta la formula dell'articolo proposto, che forse non chiaramente avea rivelato il pensiero della Sotto-commissione.

Riunita, per l'ultima volta, su di questo argomento, la Commissione, ad essa fu proposta la redazione seguente: « *Le norme contenute nei precedenti articoli si applicano anche nel caso in cui, dopo una sentenza di condanna, si debba giudicare la stessa persona per altro reato commesso prima della condanna.*

« *Le norme suddette si applicano pure nel caso di un reato commesso dopo la condanna ad una pena restrittiva della libertà personale non interamente scontata; ma l'aumento di pena, giusta gli articoli precedenti, è rispettivamente di due terzi, della metà, o di un terzo, in luogo della metà, di un terzo, o di un sesto. Per operare tale aumento si tiene conto soltanto della parte di pena che rimane da scontare, dopo aver computato, nella pena per il nuovo reato, ove occorra, l'aggravante della recidiva* ».

Il Lucchini si riportò a quanto aveva detto nelle sedute precedenti.

Dopo di lui, non prese la parola che l'Auriti, per dichiarare che questo articolo avrebbe fatto onore al nuovo Codice. Egli ripetè, ancora una volta, che il cumulo delle pene non è addizione, ma moltiplicazione, onde, per i reati, commessi durante la espiazione di una pena, non si può far un'eccezione al principio accolto in tema di concorso; egli aggiunse che, in tal modo, la condizione di colui, che delinque un giorno dopo del giorno in cui fu reietto il ricorso in Cassazione, non sarà molto dissimile dalla condizione di colui che delinque un giorno prima.

Null'altro si disse. Due dei tre oppositori di questa novità non erano stati presenti che alla prima adunanza soltanto.

Nella Relazione finale, largamente, si parla di tutte queste disposizioni. Noi ci limitiamo a riportare i brani più salienti, che si riferiscono alle disposizioni più notevoli o più discusse. Si disse che, col sistema del Codice, si applica un'unica pena la quale « dev'essere naturalmente la più grave », e questa pena « vuolsi poi accrescere seguendo le norme del così detto *cumulo giuridico*, e non quelle del cumulo materiale, che trarrebbe ad un indebito aggravamento di pena ». Si disse quale, e perchè, nel concorso di diverse specie di pene debba essere la specie di pena prevalente; si disse quale, e perchè, debba essere la misura dell'aggravante per le diverse specie di pene; si disse degli effetti della condanna, e come questi debbano derivare, non dal complesso delle pene, ma dalle singole pene, e prescindendo dal concorso; si giustificarono le disposizioni relative alle pene pecuniarie e alle loro commutazioni. Molto poi si disse per giustificare la seconda parte dell'art. 76, corrispondente alla tanto discussa seconda parte dell'art. 72, e si disse, coordinando questa disposizione all'abolizione dell'ormai inutile art. 41, che determinava l'ordine da seguirsi nella esecuzione di più pene di specie diversa, alle quali una stessa persona fosse stata condannata. « Tale soppressione fu consigliata da un duplice concetto: quello di coordinare la pluralità delle condanne al principio già accennato, il quale domina tutto il Codice, che unica deve essere la pena restrittiva della libertà personale da infliggersi e da scontarsi: e quello di considerare che, anche nel caso di una condanna sopravveniente ad altra condanna in corso di esecuzione, sia pure per un reato commesso successivamente, esistono sempre le ragioni e le condizioni di un vero concorso di pene. Se ad una stessa persona, qualunque sia il numero dei reati commessi, e in qualunque tempo siano commessi, non si può e non si deve applicare che una sola pena restrittiva della libertà personale, sembrò pur razionale di stabilire che, essendo diverse le pene, si applicasse la più grave, e le altre si commutassero in essa. E, così in questo caso come in quello di condanne a pene della stessa specie, era giusto che si osservasse il principio del cumulo giuridico, poichè l'intensità progressiva nella durata della pena si verifica del pari, tanto se la causa che la determini sia anteriore quanto se sia posteriore ad una prima condanna incorsa. Quand'anco non esista un vero concorso di reati, vi è sempre un concorso di pene, che è propriamente l'oggetto delle disposizioni in esame; ed una volta ricono-

sciuto che si tratta di un concorso di pene, era naturale corollario ch'esso si risolvesse in base alle stesse norme. Guardata la questione anche praticamente, la risoluzione che se ne è data evita gravi inconvenienti. Se non si provvedesse come il Codice provvede, si sarebbe dovuto lamentare l'incoerenza: che colui il quale commettesse un altro reato pochi istanti dopo che una prima condanna fosse passata in cosa giudicata, incorrerebbe in una pena a dismisura superiore a quella che gli spetterebbe se lo avesse commesso pochi istanti prima ». Poi la Relazione continua con dire come, in questo caso, la pervicacia del colpevole sia maggiore, onde occorre che la misura del computo nella commutazione delle pene sia più elevata ed occorre che il computo della seconda con la prima pena si faccia tenendo conto unicamente della parte di pena che rimane da scontare. E poi conclude con dire che si è « procurato di rendere più precise che fosse possibile le disposizioni dell'articolo, determinando chiaramente che ivi si tratta di reati commessi innanzi di scontare la prima pena o mentre questa si sconta; che la parte di pena in corso da computarsi è quella che rimane da scontare al momento in cui è pronunziata, in prima o seconda istanza, la sentenza di condanna, non al momento in cui questa diventa irrevocabile; e che, infine, cessa ogni computo ed ogni ragione di concorso ove la pena inflitta con la prima sentenza sia scontata per intero, al momento in cui è pronunziata la condanna per il nuovo reato. In quest'ultimo caso la pena incorsa per il nuovo reato va applicata integralmente » [1].

Arrivati a questo punto, e prima di tentare il comento dei singoli articoli del Codice, ci domandiamo quali, dunque, siano i principii direttivi che, per questa parte, lo informano.

Senza dubbio, in tutti i lavori preparatorii, si parla ad ogni passo di unica pena restrittiva della libertà personale; e, anzi, nella Relazione della Camera dei deputati, si contengono argomentazioni tali, che sembra di leggere una delle pagine dell'Impallomeni.

Però, in sostanza, il Codice altro non fa che seguire il sistema del cumulo giuridico. Infatti, nella Relazione della Camera dei deputati, come abbiamo visto, mentre si dice che si è voluto evitare l'assorbimento ed il cumulo materiale, non si dice che si è voluto evitare anche il cumulo giuridico; nella Relazione Senatoria, come abbiamo visto, si dice che si è seguíto il sistema del cumulo giu-

---

[1] Relazione al Re, XLI, XLII, XLIII.

ridico; nella relazione finale, e questo lo abbiamo anche visto per ben due volte, si dice che si è seguíto il sistema del cumulo giuridico.

E che questo sistema, col fatto, si sia seguíto, è evidente, sol che si pensi che, mentre per le pene restrittive della libertà si procede subito alla riduzione, le pene pecuniarie, invece, sono assoggettate al regime del cumulo materiale, fin quando non si arrivi ad un estremo insuperabile; sol che si pensi che le pene pecuniarie si aggiungono alle restrittive; sol che si pensi che tutte le pene sono limitate da un massimo, oltre il quale si produce l'assorbimento: sol che si pensi che, anche al recidivo, si applicano talvolta le disposizioni del concorso, soltanto perchè si è creduto che le pene, sommandosi, aumentino d'intensità secondo la ragione geometrica.

Con ciò, noi non vogliamo attribuire alcuna colpa agli autori delle relazioni o ai redattori del Codice. Questa apparente discordanza si è verificata, perchè, come abbiamo detto in un'altra pagina, il sistema della pena unica progressiva altro non è che il sistema del cumulo giuridico.

Cominciamo da taluni principii generali, da cui sono animate tutte le specie del concorso di pene.

Se i reati concorrenti, che si giudicano ora, avvennero tutti sotto l'impero della legislazione abolita, si applicano, per l'art. 2 del Codice penale, le disposizioni più favorevoli all'imputato, unificando, però, sempre, le pene restrittive della libertà personale. Se, invece, il concorso si verifica tra reati commessi sotto l'impero della legislazione abolita e reati commessi sotto l'impero della legislazione attuale, ad ogni singolo reato, commesso sotto la nuova legislazione, serve di base la pena nuovamente inflitta, mentre ad ogni singolo reato commesso sotto l'altra legislazione serve di base la pena più mite. La determinazione della pena o delle pene risultanti avrà luogo, però, secondo le norme della legislazione vigente, poichè come si è ben notato da altri, qui si ha un rapporto tra il nuovo reato ed un reato anteriore, mentre la precedente legislazione non poteva pregiudicare in alcun modo un futuro rapporto [1]).

---

1) MEYNNE, *Essai sur la rétroactivité des lois répressives*, pag. 98 e seg. Bruxelles 1863. — GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. II, pag. 419 e seg. Torino 1884. Si è deciso che, allo scopo d'ottenere l'unicità della pena che il colpevole di più reati deve scontare, le norme del concorso si applicano sempre, anche quando, in virtù dell'art. 2 secondo capoverso del codice penale, una o tutte le pene inflitte lo siano state in applicazione d'una legge abrogata, che pronunziava norme diverse. Cassazione penale, 7 gennaio 1896 (*Rivista penale*, XLIII, 247).

Inoltre, poichè i reati concorrono sempre, indipendentemente dalla pena che li colpisce, è chiaro come si debbano applicare le pene per tutti i reati, sino al limite insuperabile, e secondo le norme del concorso, mentre non vi è alcuna disposizione di legge la quale autorizzi a dichiarare assorbite, nella pena del reato maggiore, le pene che debbono infliggersi per gli altri reati [1]).

E notiamo ancora che, in tutta questa materia, la pena, la quale serve di base alla misura, non è la pena comminata in astratto, ma la pena che, in concreto, il magistrato stima opportuno d'infliggere a quel determinato reato commesso da quel determinato reo, tenuto conto, naturalmente, di tutte le circostanze aggravatrici e minoratrici, che sul reato influiscono.

Questo convincimento si ricava dal sistema, che il Codice ha costantemente seguíto, come sta detto nella Relazione ministeriale a proposito di prescrizione [2]); si ricava da quello che sta scritto nel citato brano della Relazione, là dove si dice che spetterà al magistrato « nella latitudine della pena di cui dispone, valutare la differente specie dei delitti medesimi in relazione alla differente specie di pena comminata per essi » [3]); si ricava dal pensare che, quando si parla di pena che il reato *importa*, si accenna evidentemente al reato, con tutte le sue circostanze, al reato cioè come viene dalla sentenza determinato; si ricava dalla seconda parte dell'art. 76, ove si dice che l'aumento ha luogo, dopo aver computato, nella pena del nuovo reato, ove occorra, l'aggravante della recidiva, e si ricava perchè, secondo un capoverso dell'art. 29, la recidiva è la circostanza che, nell'applicazione della pena, deve calcolarsi per ultima.

In questa soluzione, son d'accordo dottrina [4]) e giurisprudenza [5]).

Occorre, poi, appena notare come, per la nostra legislazione, — a differenza di quel che disponeva qualche progetto, nel quale ci

---

[1]) Questo principio, così ovvio ed evidente, ebbe bisogno d'essere proclamato da una sentenza! Cassazione penale, 28 giugno 1897 (*Giustizia penale*, III, 941).

[2]) Relazione ZANARDELLI sul progetto, LXIX.

[3]) Relazione ZANARDELLI sul progetto, LX.

[4]) IMPALLOMENI, *Il codice penale italiano illustrato*, vol. I, n. 119. — MAJNO, op. cit., vol. I, n. 365. — MASUCCI, op. cit., n. 119. — CRIVELLARI, op. cit., vol. IV, pag. 248. — TUOZZI, op. cit. vol. I, pag. 249.

[5]) Cassazione penale, 29 agosto 1892 (*Rivista penale*, XXXVII, 103); 12 ottobre 1892 (*Rivista penale*, XXXVII, 104); 11 marzo 1895 (*Rivista penale*, XLI, 441); 14 gennaio 1896 (*Rivista penale*, XLIII, 261); 7 luglio 1896 (*Giustizia penale*, II, 1038); 13 novembre 1899 (*Rivista penale*, LI, 155); 11 luglio 1901 (*Cassazione unica*, XII, 1407).

siamo incontrati —, l'aumento di pena, derivante dal concorso, è obbligatorio e non potestativo, e come si sconta una sola specie di pena restrittiva e non diverse specie di pene successivamente.

99. Vediamo ora, come, per ciascheduna specie di reati, si arrivi all'attuazione delle regole del concorso.

Cominciamo dal concorso di delitti.

Art. 67: « *Al colpevole di più delitti, che importino pene restrittive della libertà personale per un tempo maggiore dei cinque anni, una delle quali sia l'ergastolo, si aumenta da uno a tre anni il periodo della segregazione cellulare continua, e sino a cinque anni ove anche un'altra delle pene incorse sia l'ergastolo* ».

Con questo articolo, si è voluto impedire che la perpetrazione d'un delitto punibile con l'ergastolo possa dar luogo ad una vera immunità. Però, poichè l'ergastolo è la massima delle pene, e le altre non possono applicarsi, per necessità di cose, se non trasformandosi in prolungamento della segregazione cellulare, il legislatore non ha creduto opportuno tener conto nè delle contravvenzioni, nè dei delitti i quali siano puniti al disotto di un certo minimo di pena.

Si domanda se, per applicare questa disposizione, sia necessario che ognuno dei delitti, concorrenti con il delitto massimo, importi una pena superiore ai cinque anni, ovvero se basti che essi, nel loro complesso, importino, per effetto del concorso, una tale pena. Noi pensiamo che basta che questa pena risulti dal concorso: e pensiamo così sia per il principio dell'unificazione della pena, principio accolto dal nostro legislatore e che regola tutta questa materia; sia perchè il Codice parla di delitti, che importino pene restrittive della libertà personale per un tempo maggiore dei cinque anni, e non parla di delitti, ognuno, od uno, dei quali importi una pena restrittiva della libertà personale per un tempo maggiore dei cinque anni; sia, finalmente, per quello, che, al contrario, dispone il successivo art. 73. Ad ogni modo, non è da tacere che questo articolo avrebbe potuto essere più chiaro: sarebbe bastato che, dopo il verbo « *importino* », si fosse aggiunto l'avverbio « *complessivamente* » [1].

Le pene per gli altri delitti concorrenti si trasformano, dunque, in un prolungamento della segregazione cellulare continua, la quale, di conseguenza, supererà, in questo caso, il limite massimo normale

---

[1]) Nello stesso senso, TRAVAGLIA, op. cit., vol. I, n. 289. — MAJNO, op. cit., vol. I, n. 364. — CRIVELLARI, op. cit., vol. IV, pag. 249. — In senso contrario, MASUCCI, op. cit., n. 120. — GIACHETTI, op. cit., vol. III, pag. 228.

di sette anni (art. 12), per arrivare a dieci, ovvero a dodici anni, secondo che tra gli altri delitti non ve ne sia o ve ne sia un altro punito con l'ergastolo [1]).

Sorge una questione.

È noto a quali dubbiezze abbia dato luogo l'art. 39 delle disposizioni per l'applicazione del Codice penale. Noi di esse non dobbiamo occuparci, essendo argomento che ha relazione con il trattato delle pene.

Noi, dunque, supponiamo che la commutazione della pena perpetua, in una pena temporanea, abbia avuto luogo. Il problema, che, per noi, qui, sorge, è questo: le norme del Codice vigente, relative al concorso, debbono essere applicate, quando la pena perpetua, inflitta sotto uno dei codici aboliti, — pena da commutarsi secondo quel che si è detto or ora —, abbia assorbite altre pene che si sarebbero dovuto infliggere ai reati concorrenti?

Due ipotesi sono possibili: o la pena perpetua è stata commutata in quella della reclusione per trent'anni (art. 39, primo capoverso delle disposizioni transitorie), o è stata commutata in quella della reclusione per ventiquattro anni (art. 39, prima parte delle disposizioni transitorie).

Nella prima ipotesi, il problema non ha alcun valore pratico, poichè, come vedremo, secondo il nostro Codice, nessuna pena temporanea può superare la durata di trent'anni.

Nella seconda ipotesi, invece, il problema ha un grande valore pratico, poichè esso si presenta quando, con altri delitti, concorra un delitto il quale, sotto un codice abolito, era punito con pena perpetua, la quale di necessità assorbiva tutte le altre, mentre, sotto il Codice vigente, commutandosi detta pena in una pena posta al disotto del massimo della reclusione, può bene dar luogo all'aggravamento dovuto per gli altri delitti.

Noi pensiamo che, in questa seconda ipotesi, la pena del delitto più grave, dopo la commutazione, debba, per gli altri delitti concorrenti, inasprirsi secondo le norme comuni. E pensiamo così sia perchè ci pare evidente che questo art. 39, disponendo intorno alla commutazione della massima pena, non deroghi menomamente alle regole del concorso; sia perchè l'assorbimento delle pene minori nella pena massima e insuperabile nasce da una impossibilità pratica, onde, quando questa sia eliminata, di assorbimento non può

---

[1]) Cassazione penale, 11 marzo 1896 (*Giustizia penale*, II, 268).

più parlarsi; sia perchè l'opinione opposta porterebbe alla conseguenza assurda di condannare a trent'anni i rei di più delitti gravi commessi sotto il Codice attuale, per questa parte meno severo, e di condannare a ventiquattro anni i rei di più delitti gravi commessi e condannati sotto un codice abolito, più severo [1]).

Passando alle norme relative al concorso di pene temporanee, vediamo subito come il Codice distingua il concorso di pene della stessa specie dal concorso di pene di specie diversa [2]).

Al concorso di pene della stessa specie, provvede l'art. 68, il quale dice: « *Al colpevole di più delitti, che importino la stessa specie di pena temporanea restrittiva della libertà personale, si applica la pena per il delitto più grave, con un aumento pari alla metà della durata complessiva delle altre pene, purchè non si oltrepassino i trent'anni per la reclusione e la detenzione, e i cinque anni per il confino* ».

Il magistrato deve, dunque, applicare per intero la pena del delitto più grave, secondo si è detto; e poi a questa pena deve aggiungere un aumento pari alla metà del complesso di tutte le altre.

Da ciò derivano varie conseguenze. Questo aumento, se è relativo al complesso di tutte le altre pene, non può commisurarsi sulla pena applicata per il reato più grave [3]). Quando, in appello, venisse ad escludersi l'esistenza del reato maggiore, o — in rapporto ad esso — la reità dell'imputato, bisognerebbe applicare al reato, sino a quel momento creduto concorrente e, quindi, punito con la metà della pena, la pena intera, e se più fossero i reati, fino a quel momento creduti concorrenti, bisognerebbe tra questi trovare il maggiore per rifare il cammino [4]); e, viceversa, il magistrato d'appello, quando varie cause, per reati concorrenti, vengano alla sua conoscenza, deve tutte riunirle e procedere al concorso [5]).

Ad ogni modo, non si può mai superare il limite massimo di

---

1) Nello stesso senso, G. Sighele, *Di alcuni dubbi intorno all'applicabilità dell'art. 39 delle disposizioni per l'attuazione del codice penale*, nella *Rivista penale*, XXXI. — Cosenza, *Intorno all'applicazione dell'art. 39 delle disposizioni per l'attuazione del codice penale*, nella *Rivista penale*, XXXI. — Majno, op. cit., vol. I, n. 362.

2) Agli autori, che comentano il Codice, autori precedentemente citati, si aggiungano: Cosenza, *Sul cumulo delle pene*, nella *Cassazione unica*, IX e Vasto, *Sul cumulo giuridico delle pene*, nella *Rivista di discipline carcerarie*, XXV.

3) Cassazione penale, 30 settembre 1892 (*Rivista penale*, XXXVII, 204).

4) Cassazione penale, 1.° luglio 1898 (*Dizionario penale*, I, 125).

5) Cassazione penale, 17 agosto 1895 (*Cassazione unica*, VI, 1259).

trent'anni per la reclusione e per la detenzione, e il limite massimo di cinque anni per il confino [1]).

Però, crediamo anche noi che, quando alla pena di trent'anni si sia discesi solo per attenuanti generiche, mentre il delitto originariamente è punito con l'ergastolo, si sarebbe dovuto tener conto degli altri gravi delitti concorrenti. Ma il Codice nulla ha fatto di ciò [2]).

Però, se il Codice determina il massimo, insuperabile, qualunque sia la specie di concorso, non determina il minimo. Ma è chiaro che la metà della pena complessiva, che viene aggiunta alla pena del reato più grave, si determina nello istesso modo con cui si determina la metà di un'unica pena (art. 29, 30). Giova appena avvertire che se la pena, che deve aggiungersi a quella del reato più grave, sia già ridotta a un minimo, sotto il quale più non può discendersi, le regole del concorso non si possono più efficacemente applicare.

È ovvio come la segregazione cellulare sia da proporzionare all'intera pena risultante e non alle singole pene originarie.

L'art. 69 è il primo tra quelli che regolano il concorso di pene di diversa specie: « *Il colpevole di due delitti, uno dei quali importi la reclusione e l'altro la detenzione, è punito secondo le norme seguenti:*

1.° *se la reclusione non superi un anno e non raggiunga il terzo della durata della detenzione, si applica la detenzione con un aumento pari alla metà della durata della reclusione;*

2.° *in ogni altro caso, si applica la reclusione con un aumento pari al terzo della durata della detenzione, purchè non si superino i trent'anni* ».

La ragione di questo articolo, dopo quel che dicemmo riassumendo i lavori preparatorii, è chiara: il nostro Codice ha voluto evitare che il colpevole di un delitto, punito con la reclusione, e di un delitto, punito con la detenzione, debba scontare la pena della detenzione e non quella della reclusione.

Quindi, si presentano due ipotesi. Quando il delitto, punito di reclusione, sia, proporzionatamente, d'una certa gravità, prevale la pena della reclusione, e la detenzione si trasforma in detenzione.

---

[1]) Così, pare impossibile, fu necessario che la Cassazione avesse dichiarato nulla una sentenza, la quale aveva inflitto una pena superiore a trent'anni: 23 agosto 1895 (*Giustizia penale,* I, 1048); 16 luglio 1897 (*Giustizia penale,* III, 1211). Le pene, complessivamente superiori a trent'anni, inflitte sotto il codice sardo, si riducono, secondo il codice vigente, a non oltre i trent'anni. Cassazione penale, 4 aprile 1898 (*Giustizia penale,* IV, 417).

[2]) Nello stesso senso, MASUCCI, op. cit., n. 120. — GIACHETTI, op. cit., vol. III, pag. 228. — CRIVELLARI, op. cit., vol. IV, pag. 250.

Invece, quando il delitto, punito di reclusione, non sia, proporzionatamente, d'una certa gravità, prevale la detenzione, e la reclusione si trasforma in detenzione.

Il limite di relativa e proporzionale gravità è questo: prevale la reclusione, quando essa superi la durata di un anno, anche che non raggiunga il terzo della durata della detenzione, e quando essa raggiunga il terzo della durata della detenzione, anche che non superi la durata di un anno. Quando la reclusione non superi la durata di un anno e inoltre non raggiunga il terzo della durata della detenzione, prevale la detenzione.

Nella trasformazione d'una specie di pena nell'altra, la legge ha tenuto conto della loro gravità relativa, seguendo un criterio che già riscontrammo nel codice svedese e nel finlandese. Poichè la pena della reclusione è assai più grave della pena della detenzione, la reclusione si applica nella misura di un terzo della detenzione, mentre la detenzione si applica nella misura della metà della reclusione.

Ma, poichè possono concorrere delitti, che importino pene simili, con delitti, che importino pene dissimili, il capoverso dell'art. 69 si affretta ad aggiungere: « *Quando concorrano più di due delitti, prima di applicare, secondo i casi, l'una o l'altra delle precedenti disposizioni, si applica quella dell'articolo precedente per i delitti che importino la stessa specie di pena* ».

L'applicazione di questa regola è facile. Si determina, prima, secondo l'art. 68, la pena risultante dall'incontro di due pene simili, e, poi, questa pena si fa concorrere, secondo l'art. 69, con l'altra pena dissimile, la quale, a sua volta, può derivare, secondo lo stesso art. 68, da altre pene tra di loro simili [1]).

Il Codice, procedendo, nel concorso tra pene dissimili, dalle ipotesi più semplici alle ipotesi più complesse, dopo aver parlato del concorso tra reclusione e detenzione, parla del concorso tra reclusione, detenzione e confino.

Art. 70: « *Al colpevole di due delitti, uno dei quali importi la reclusione o la detenzione e l'altro il confino, si applica la reclusione o la detenzione, con un aumento pari ad un terzo della durata del confino, ove la pena applicata sia la detenzione, e ad un sesto ove sia la reclusione.*

Se più siano i delitti che importino la reclusione o la detenzione, ovvero più quelli che importino il confino, si applicano altresì le disposizioni degli articoli 68 e 69 ».

---

1) Cassazione penale, 18 dicembre 1899 (*Cassazione unica*, XI, 591).

Quando i delitti concorrenti siano due, si applica la pena della reclusione o della detenzione, aumentata d'una quantità proporzionata alla pena del confino, e questa proporzione varia secondo che il confino si trasformi nella prima o nella seconda.

Quando, invece, i delitti concorrenti siano più di due, le pene di diverse specie si riducono, secondo le regole degli articoli 68 e 69, a due pene, — la pena della reclusione o della detenzione e la pena del confino —, e poi queste si riducono ad una pena unica.

100. Passiamo al concorso di contravvenzioni.

L'art. 71 dice: « *Al colpevole di più contravvenzioni, che importino l'arresto, si applica la pena per la contravvenzione più grave, con un aumento pari alla metà della durata complessiva delle altre pene, purchè non si superino i tre anni* ».

Questa disposizione, chiarissima, non è dissimile da quella relativa al concorso di delitti, colpiti da pena della stessa specie.

101. Dopo del concorso di delitti e del concorso di contravvenzioni, si parla del concorso di delitti e contravvenzioni.

L'art. 72, perciò, dispone che « *Al colpevole di uno o più delitti e di una o più contravvenzioni, che importino l'arresto, si applica la pena comminata per il delitto o risultante dal concorso di più delitti secondo le norme stabilite agli articoli precedenti, con un aumento pari al sesto della durata complessiva dell'arresto, se la pena da infliggersi per i delitti sia la reclusione, e al terzo negli altri casi* ».

La pena prevalente è, dunque, la pena del delitto, e, quando più siano i delitti, si determina la loro pena complessiva, secondo le regole già esposte. Poi, si commuta l'arresto, pena delle contravvenzioni, nella pena, la quale colpisce il delitto o i delitti, e ad essa si aggiunge, in diversa proporzione, secondo che si trasformi in reclusione o in detenzione.

102. Seguono le regole relative a tutte le regole già esposte.

Art. 73: « *Nei casi preveduti negli articoli precedenti, per determinare gli effetti della condanna penale, secondo le disposizioni degli articoli 31, 33, 34 e 35, si tien conto soltanto della pena da infliggersi per ciascun delitto, salvo quanto è disposto nell'articolo seguente* ».

Art. 74: « *Le pene dell'interdizione temporanea dai pubblici ufficii e della sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte stabilite per ciascun reato sono applicate tutte per intero, purchè nella durata complessiva non si superino i dieci anni per l'interdizione o i quattro per la sospensione* ».

Il primo di questi due articoli si riferisce alle incapacità, che derivano da una condanna.

Noi già dicemmo come le disposizioni, in esso contenute, non si trovassero nel Progetto, e fossero state aggiunte per evitare che, per effetto di un'unica sentenza di condanna, si potessero subire incapacità che non sarebbero state subìte, se i singoli delitti fossero stati giudicati separatamente. Quindi, da questo chiaro precedente e dalla chiarissima dicitura dell'art. 73, si ricava che, nel concorso di delitti, — non altrimenti che quando nessun concorso vi sia —, perchè possa aver luogo l'interdizione perpetua dai pubblici uffici (art. 31) o la interdizione temporanea (art. 31), o la interdizione legale e la privazione della patria potestà e dell'autorità maritale (art. 33), bisogna che, tra i delitti concorrenti, ve ne sia almeno uno, rispettivamente, punito oltre cinque anni di reclusione, o oltre tre, o oltre cinque... Di conseguenza, allor che la pena superi i tre o i cinque anni di reclusione, sol per effetto del concorso, mentre ad ognuno dei delitti concorrenti, separatamente giudicati, avrebbe dovuto infliggersi una pena minore, sì fatte incapacità non si incorrono.

E pure, benchè la legge sia chiarissima, la Cassazione ha dovuto spesso enunciare questa massima [1]; e una volta, — pare impossibile! —, ha, perfino, enunciato la massima opposta ! [2]).

Nello stesso modo, alla pena da infliggere ad ogni singolo reato è d'uopo badare, perchè s'incorra nella ineleggibilità nei comizi politici e nella decadenza da membrŏ del Parlamento (art. 34), e perchè si incorra nella temporanea interdizione dall'ufficio o nella sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte (art. 35).

Però — diciamolo subito — questa soluzione noi l'accettiamo soltanto perchè è nel Codice. Teoreticamente, invece, — e questa è necessaria conseguenza di tutta la nostra teoria —, la soluzione dovrebbe essere diversa: l'incapacità e l'indegnità, che nascono da un sol delitto grave, possono nascere anche da più delitti un po' meno gravi.

Ad ogni reato, qualunque sia il loro numero, segue la confisca speciale per esso stabilita. Nel Progetto ciò era detto espressamente: ma questa disposizione fu soppressa, perchè, trattandosi di effetto della condanna, e non di pena, essa sarebbe stata superflua; mentre il Codice, qui, parla degli effetti sol quando essi possono dar luogo a dubbi.

L'altro articolo si riferisce all'interdizione temporanea dai pub-

---

[1]) Cassazione penale, 29 aprile 1895 (*Giustizia penale*, I, 613); 10 novembre 1897 (*Giustizia penale*, III, 1454); 14 dicembre 1900 (*Giustizia penale*, VII, 141); 16 marzo 1903 (*Giustizia penale*, IX, 522).

[2]) Cassazione penale, 11 maggio 1900 (*Giustizia penale*, VI, 1062).

blici uffici e alla sospensione dall'esercizio della professione o dell'arte, come pene. Queste pene, dunque, si cumulano, cioè la durata complessiva è uguale alla somma delle singole durate per i singoli delitti, purchè non si superino i massimi relativi, i quali, per effetto del concorso, sono portati da cinque (art. 20) a dieci anni, per l'interdizione, e da due (art. 25) a quattro per la sospensione.

Conclude l'art. 75: « *Le pene pecuniarie stabilite per ciascun reato sono sempre applicate tutte per intero, purchè non si superi la somma di lire quindicimila nei delitti e di lire tremila nelle contravvenzioni.*

« *In caso di conversione di pene pecuniarie in una pena restrittiva della libertà personale, la durata di questa non può superare i diciotto mesi; e, in caso di concorso della multa con l'ammenda, la conversione si fa sempre nella pena della detenzione* ».

Le pene pecuniarie si cumulano, purchè non si superino dei limiti, i quali, però, superano i limiti ordinari, della metà. Le pene pecuniarie si commutano in pene restrittive, secondo le norme comuni scritte negli articoli 19, 29, 30. La pena restrittiva non può, in nessun caso, superare la durata di diciotto mesi; nè, e questo è ovvio, la pena degli arresti sostituita alle ammende concorrenti può sorpassare la durata di trecento giorni, ossia di dieci mesi. Entro questi limiti, poichè dette pene si applicano per intero, le pene restrittive si applicano per ciaschedun reato, secondo il regime del cumulo materiale [1]).

Quando concorrano la multa e l'ammenda, vale a dire delitti e contravvenzioni, la loro conversione si fa sempre nella pena della detenzione, la quale, dunque, come pena più grave, prevale, anche qui, alla pena meno grave, a quella degli arresti.

Benchè questo art. 75 non preveda letteralmente il contemporaneo concorso di multe e di ammende, per un ammontare complessivo superiore a quindicimila lire, nondimeno, come opportunamente osserva il Majno [2]), è da ritenere che questa somma di lire quindicimila segni il massimo d'ogni pena pecuniaria e per qualsiasi concorso, perchè, se al massimo della multa si potesse aggiungere il massimo dell'ammenda, si arriverebbe a condannare più gravemente il reo di sette delitti, punibili ognuno con duemila lire di multa, e d'una contravvenzione, punibile con duemila lire d'ammenda, che il reo di dieci delitti, punibili con quella stessa pena.

---

[1]) Cassazione penale, 11 maggio 1900 (*Giustizia penale,* VI, 1066).

[2]) MAJNO, op. cit., vol. I, n. 376.

Una questione è sorta, a proposito della riprensione giudiziale facoltativa, avendo la Cassazione deciso che non si possa questo sostitutivo applicare a chi sia reo di due contravvenzioni punite con pena pecuniaria, e ciò perchè bisogna applicare le due pene [1].

E da qualche scrittore si è aggiunto che la riprensione giudiziale non può applicarsi, perchè essa ha per base il massimo della pena in astratto e non quella pena in concreto, la quale dà luogo al cumulo. Per la stessa ragione, si è aggiunto, la riprensione può applicarsi, quando la somma dei massimi, in astratto, non superi il limite determinato dalla prima parte dell'art. 26 [2]).

Noi, invece, pensiamo che, anche nel concorso reale [3]), nell'ipotesi di due pene pecuniarie, si possa applicare la riprensione giudiziale (salvo a vedere se ciò sia opportuno, trattandosi del reo di più reati), purchè la pena complessiva non superi i limiti fissati dall'art. 26. E, di fatti, come fu notato da altri [4]), è vero che l'art. 75 parla dell'applicazione di più pene pecuniarie, ma è anche vero che le pene, quando siano applicate, diventano una pena sola, alla quale può applicarsi la riprensione giudiziale, per la ragione medesima per cui, in caso di commutazione, si sostituisce un' unica pena restrittiva. E poi se la riprensione giudiziale può applicarsi a chi è stato altra volta condannato a pena non superiore ad un mese di arresto, perchè non potrebbe applicarsi a chi, in un solo giudizio, viene condannato per due reati?

Quanto si è detto per le pene pecuniarie concorrenti, s'intenda ripetuto per le pene restrittive e per la pena restrittiva concorrente con la pena pecuniaria. Che, poi, vi siano reati, i quali non tollerano l'applicazione della riprensione giudiziale, è argomento sul quale il concorso di pene non esercita alcuna influenza.

Allorchè una pena pecuniaria concorra con una pena restrittiva della libertà personale, non si ha più un'unica pena progressiva, ma due pene simultanee. Questo si comprende, quando si tenga presente che, nel nostro Codice, vi sono reati puniti, insieme, di pena restrittiva e di pena pecuniaria.

---

[1]) Cassazione penale, 1.° marzo 1890 (*Rivista penale*, XXXI, 568).

[2]) TRAVAGLIA, *Guida pratica per l'interpretazione e applicazione del Codice penale*, p. II, p. 31. Forlì 1880-90.

[3]) Indubbiamente, per quel che si è detto, la riprensione giudiziale può applicarsi al concorso formale e al reato continuato.

[4]) Così la *Rivista penale*, in nota alla sentenza citata — GATTESCHI, *Saggio di commento al Codice penale italiano: riprensione giudiziale*, nel *Monitore dei Pretori*, XVII — ALPI, *La riprensione giudiziale*, nella *Rivista penale*, XXXV.

E se la pena pecuniaria non è stata pagata, e di conseguenza è avvenuta la sua commutazione in pena restrittiva? Parrebbe che, in simile caso, la nuova pena, risultante dalla commutazione, dovesse aggiungersi diminuita, all'altra pena restrittiva, non solo, ma che la pena degli arresti si dovesse anche trasformare in reclusione o in detenzione secondo i rapporti stabiliti nell'art. 72. Invece, non è così. Essendosi opinato che ogni giorno di privazione della libertà equivalga a dieci lire di pena pecuniaria e che la pena pecuniaria si debba applicare per intero, si è voluto applicare per intero quella appunto perchè si applica per intero questa.

Le attenuanti generiche, quando vi siano, si debbono valutare per ciaschedun capo d'accusa [1]). Questo si ricava da quanto dispone l'art. 497 del Codice di procedura penale, modificato dal decreto per l'attuazione del Codice penale; e si ricava da tutto quel che si è detto, vale a dire che, a base del concorso, deve porsi non la pena comminata in astratto per quel determinato reato, ma la pena che, in concreto, il giudice infligge a quel determinato reo.

La Cassazione ha, finalmente, deciso che il giudice non è mai tenuto, sotto pena di nullità, a specificare i calcoli, mediante i quali giunge alla pena complessiva inflitta [2]).

Qui finiscono le regole relative alle pene concorrenti [3]).

103. Come già dicemmo, i reati concorrenti possono giudicarsi in un stesso giudizio e posso[illegible], per ragioni diverse, giudicarsi in diversi giudizi.

L'ipotesi più semplice si verifica, allor che i reati concorrenti si giudichino in uno stesso giudizio [4]).

La Cassazione ha, a questo proposito, [illegible]gnamente giudicato che le regole del concorso si applicano anche quando una delle pene, che vengono inflitte, sia già scontata [5]).

---

[1]) Cassazione penale, 29 dicembre 1897 (*Giustizia penale,* IV, 122). Confr.: 20 gennaio 1896 (*Giustizia penale*, II, 342) e 13 marzo 1895 (*Giustizia penale,* I, 446). Con la seconda di queste sentenze si decideva che la diminuzione può farsi anche sulla pena complessiva, quando il risultato pratico sia lo stesso.

[2]) Cassazione penale, 6 dicembre 1899 (*Dizionario penale*, II, 157).

[3]) Sull'ammonizione, la vigilanza speciale e il domicilio coatto concorrenti, si vegga LONGHI, *Ammonizione, vigilanza speciale e domicilio coatto concorrenti,* nella *Legge*, XLIII.

[4]) Viola la legge quel magistrato che non applica le regole del concorso ai reati commessi dallo stesso imputato, e giudicati nello stesso giorno, benchè separatamente: così la Cassazione penale, 17 agosto 1895 (*Giustizia penale*, I, 1066).

[5]) Cassazione penale, 10 luglio 1895 (*Giustizia penale*, I, 928).

Questa unicità di giudizio, richiesta dall'unicità di pena voluta dal Codice, è resa possibile dalle modificazioni le quali, con l'articolo 28 del decreto per l'attuazione del Codice penale, vennero introdotte negli articoli 19, 26, 27 e 28 del Codice di procedura. Quindi, oggi, a differenza di quel che avveniva prima, i vari reati concorrenti si portano, per regola, ad un unico giudizio, non solo quando vi sia la speciale connessità prevista dall'art. 21 del Codice di procedura penale, non solo quando si debba derogare alle regole della competenza per territorio, ma in ogni caso, qualunque sia il luogo in cui vennero commessi, qualunque sia la loro rispettiva gravità. Di conseguenza, per l'art. 31 del ricordato decreto, vennero aboliti gli articoli 22 e 23 del Codice di procedura.

Questa regola patisce eccezione, sol quando si stimi conveniente di separare i giudizi, per la natura o per il numero dei reati, ovvero per altre circostanze (art. 19 ultimo capoverso, 27 ultimo capoverso, Cod. di proc. pen.).

Ma può anche avvenire che i reati concorrenti si giudichino in separati giudizi.

E, qui, bisogna richiamare le disposizioni degli articoli 519 e 520 (non richiamo l'art. 521, perchè in esso si prevede l'assoluzione e il non luogo a procedere) dello stesso Codice di procedura penale, i quali prevedono il caso, in cui, durante i dibattimenti della Corte di assise, siano risultate a carico dell'accusato altre imputazioni.

Quando, dunque, i reati si giudichino in separati giudizi, subentra la regola indicata nella prima parte dell'art. 76. Essa dice: « *Le norme contenute nei precedenti articoli si applicano anche nel caso in cui, dopo una sentenza di condanna, si debba giudicare la stessa persona per un altro reato commesso prima della condanna* ».

Così il nostro Codice, e con ragione, fa in maniera che il concorso dei reati sia indipendente dal tempo in cui i vari giudizi si svolgono e si esauriscono [1]).

Perchè questa norma possa trovare applicazione, è necessario che uno dei reati sia già stato giudicato con sentenza di condanna. È quasi superfluo aggiungere come, per sentenza di condanna, si debba intendere una sentenza passata in giudicato, una sentenza irrevocabile [2]). Quando la sentenza non sia irrevocabile, evidentemente, di questa norma non si ha alcun bisogno.

---

[1]) Si consulti la decisione d'ordine generale, pronunziata dalla Corte suprema, a dì 25 aprile 1898 (*Cassazione unica,* IX, 1027). Conf. PAGANI, *Sulla prima parte dell'art. 76,* nella *Scuola positiva,* 1891.

[2]) Nello stesso senso, la Cassazione penale, 22 febbraio 1897 (*Giustizia penale,*

Al contrario, però, perchè si applichi il concorso non è necessario che anche la seconda sentenza sia già un giudicato [1]). E la ragione, ne è ovvia. Nè si dica che, in tal modo, si sconta come concorso di pene quel tempo che, necessariamente, si passa nel carcere giudiziario, perchè questo argomento prova troppo, verificandosi l'invocato inconveniente, anche quando i reati si conoscano in un unico giudizio.

È, del pari, quasi inutile aggiungere che il dover essere la condanna posteriore alla perpetrazione dell'altro reato, che si giudica, non significa punto che questo debba essere stato commesso anche prima del reato a cui seguì quella.

Similmente, il concorso si applica sempre che il reato sia anteriore alla condanna, e senza distinguere tra condanna, che si deve scontare o che si sta scontando, e condanna già scontata [2]).

Quindi si procede al computo del concorso di pene, tenendo conto anche della precedente pena già del tutto scontata; e, quando la pena precedente si sta scontando, si tien conto di essa tutta e non di quella parte, che ancora resta da scontare.

Non manca, però, chi abbia un'opinione diversa [3]), ma un'opinione diversa ci sembra del tutto insostenibile.

Essa, difatti, non si accorda con quanto dispone quest'articolo 76, il quale, solo per il reato commesso dopo la condanna pronunziata per un altro reato, dice che se la vecchia pena sia scontata o estinta, prima che la nuova sia eseguibile, questa si applica per intero. Nè è possibile leggere il presente articolo, in maniera che l'ultimo periodo si riferisca anche alla prima parte [4]).

So bene che si è obiettato che la soluzione, da noi accolta, contraddice alla ragione, per cui il nostro legislatore ha instituito il

---

III, 539); 17 aprile 1899 (*Cassazione unica,* X, 1102). Confr. la 7 dicembre 1898 (*Giustizia penale,* V, 77).

[1]) Nello stesso senso, decise la Corte suprema. 24 novembre 1902 (*Cassazione unica,* XV, 411).

[2]) Che la pena possa essere stata scontata, fu riconosciuto dalla Cassazione, con la sentenza del 16 maggio 1898 (*Foro italiano,* 1898, II, 342) e con la sentenza citata nella nota successiva alla seguente. Nello stesso senso, MAJNO, op. cit., I, n. 382 — MUSCARI, *Del concorso di pene specialmente in rapporto all'articolo 76 c. p.*, nel *Supplemento alla Rivista penale,* XI.

[3]) PERRONI-FERRANTI, *L'articolo 76 del codice penale,* nella *Rivista penale,* XXXI — IMPALLOMENI, op. cit., I, n. 123. Altri, ad esempio il TUOZZI (op. cit., I, p. 252 e seg.), non tratta questa questione.

[4]) Così è stato esplicitamente detto dalla Cassazione, con la sentenza del 14 settembre 1895 (*Giustizia penale,* I, 1323).

cumulo giuridico, vale a dire il voler evitare la non interrotta esecuzione delle pene; ma a questa obiezione si risponde assai facilmente: la contraddizione certamente vi è, ma un principio dottrinale, accolto durante i lavori preparatorii, non può annullare quanto esplicitamente sta detto nel Codice. Del resto, gli invocati mali, cagionati dal sovrapporsi delle pene, si verificano anche quando il nuovo reato si commetta appena si esce dal carcere.

Quando la pena, precedentemente inflitta, non si sia ancora cominciata a scontare, l'applicazione delle regole del concorso non presenta alcuna difficoltà.

Nè presenta difficoltà, quando quella sia in corso d'esecuzione, e quella e questa siano della stessa specie.

Un dubbio potrebbe nascere, quando, invece, in questa ipotesi, l'una e l'altra fossero di diversa specie. S' immagini che un delinquente, già condannato a due anni di detenzione, e dopo che ha già scontato metà della pena, sia condannato, per un altro reato commesso prima di quella condanna, a quattro anni di reclusione. Ma la risposta sgorga dall'art. 69, n. 2°. La pena complessiva sarà di quattro anni e otto mesi di reclusione; onde, detratto l'anno di detenzione già scontato, che equivale a quattro mesi di reclusione, si arriva alla pena definitiva di quattro anni e quattro mesi di reclusione.

Il Majno, però, ha un'opinione diversa. Egli rifiuta questa soluzione, perchè, in tal modo, il colpevole viene, in fondo, a scontare cinque anni e quattro mesi. Di conseguenza, egli, poggiandosi sull'art. 40, pensa che la detenzione già sofferta si computi tutta, nella sua precisa durata, come reclusione [1]).

Ma noi rispondiamo che, fin quando si crede che la detenzione sia una pena meno grave della pena della reclusione, fin quando il Codice dice che un anno di detenzione equivalga a quattro mesi di reclusione, non vi è ragione alcuna per dubitare della nostra soluzione [2]).

Finalmente, diciamo che le regole del concorso si applicano, anche quando un reato sia di competenza speciale e l'altro sia di competenza ordinaria (art. 26 ultimo capoverso, Cod. proc. pen.).

Abbiamo detto che, per la prima parte dell'art. 76, si opera il concorso delle pene, anche quando la pena precedente sia già scontata.

---

[1]) MAINO, op. cit., I, n. 380 e seg.

[2]) Conf. Cassazione penale, 16 maggio 1898 (*Foro italiano*, 1898, II, 342).

Che dire, quando essa sia estinta senza essere scontata?

Quantunque altri pensi che, anche in questo caso, si dia luogo sempre al concorso, perchè il Codice non distingue [1]), nondimeno noi abbiamo un'opinione diversa.

Già la questione non può nemmeno proporsi in tema di amnistia, di prescrizione dell'azione o di remissione della parte lesa. Invece, se, dopo che la condanna è passata in giudicato, intervenisse l'amnistia, le pene resterebbero diminuite così come si trovano.

Il dubbio potrebbe sorgere, allor che una delle pene fosse estinta per prescrizione della condanna o per remissione, nei casi in cui questa sia operativa. In simili ipotesi, però, noi pensiamo che non si possa della condanna estinta tener conto, perchè una pena estinta non può concorrere.

Che dire quando la pena, invece, sia estinta mediante grazia o indulto? La soluzione è la stessa. Chè se, poi, la pena rinascesse, essendo l'atto di clemenza concesso sotto condizione di non commettere un altro delitto, allora, e soltanto allora, si procederebbe alla determinazione del concorso di pene.

Quando i processi si presentino insieme allo stesso giudizio, non può tenersi conto, in rapporto al concorso di pene, che delle condanne estinte sotto la medesima condizione. E qui farei una distinzione: se la pena, in tal modo estinta, fosse quella del reato maggiore, di essa non si terrebbe conto, nel momento del giudizio, e ciò perchè sarebbe contradditorio diminuire una pena, in vista di una pena che non esiste, tranne a tenerne conto più tardi, quando la condizione si verificasse. Se, invece la pena, in tal modo estinta, fosse quella del reato minore, di essa si terrebbe conto, diminuendola secondo le regole del concorso, e poi applicando l'indulto, e ciò perchè, potendo la pena rivivere, non vi è ragione per determinare dopo, quel cumulo che può determinarsi prima [2]). S'intende, però, che quando, messo da parte il reato maggiore, non degli altri tutti fosse estinta la pena, ma di taluni soltanto, la determinazione della metà della pena complessiva si dovrebbe fare tenuto conto delle pene non estinte, mentre si dovrebbe fare tenuto conto di tutte, più tardi, sol quando anche le pene estinte rinascessero.

Nell'applicazione dell'indulto, quando si concedano generiche diminuzioni di pena, si è dubitato se esso debba applicarsi alla pena di ciaschedun reato o alla pena complessiva, risultante dal cumulo

---

[1]) MAJNO, op. cit., I, n. 382.

[2]) Cassazione penale, 31 gennaio 1901 (*Giustizia penale*, VII, 238).

giuridico [1]). Ma quando, come si è fatto negli ultimi decreti, si dica espressamente che l'indulto si applica una volta sola, sulla pena risultante dal concorso, ogni dubbio si elimina [2]).

Evidentemente, questo dubbio non può nemmeno nascere, per l'amnistia, la quale estingue l'azione, e per la grazia, la quale si volge ad un singolo reato.

Quando, entro i limiti e nei termini stabiliti dal decreto d'indulto, si commetta un nuovo delitto, poichè questo è commesso dopo una sentenza di condanna, che rivive, si applicano le regole dell'ultima parte dell'art. 76, regole che sono obietto del paragrafo seguente [3]).

104. A questa ipotesi, segue l'altra in cui il nuovo reato sia commesso, dopo una sentenza di condanna, e quando questa non sia ancora scontata o mentre si sconta.

L'art. 76, nel suo capoverso, dice: « *Le norme suddette si applicano altresì nel caso di un reato commesso dopo la condanna ad una pena temporanea restrittiva della libertà personale e prima che essa sia scontata o mentre si sconta; ma l'aumento di pena, secondo gli articoli precedenti, è rispettivamente di due terzi, della metà o di un terzo, invece della metà, di un terzo o di un sesto. Per determinare tale aumento si tien conto soltanto della parte di pena che rimane da scontare al momento in cui è pronunziata la condanna, dopo aver computato, nella pena per il nuovo reato, ove occorra, l'aggravante della recidiva. Ma se la pena sia scontata o la condanna estinta prima che la nuova condanna sia eseguibile, la pena per il nuovo reato è applicata per intero* » [4]).

---

[1]) La Cassazione ora ha ritenuto che l'indulto si debba applicare a ciascheduno dei reati concorrenti, 25 settembre, 18 ottobre e 8 dicembre 1897 (*Dizionario penale*, I, 12); ora, invece, ha ritenuto che esso debba applicarsi una volta sola, sulla pena complessiva risultante dal cumulo, 2 dicembre 1897 (*Rivista penale*, XLVII, 133) e 29 marzo 1899 (*Dizionario penale*, I, 599).

[2]) Così gli ultimi decreti di amnistia-indulto dicono, espressamente, che mentre l'amnistia si applica ad ogni reato, l'indulto si applica una volta sola, dopo che le pene sono state cumulate (Art. 5 del R. Decreto del 24 ottobre 1896, n. 464; art. 6 del R. Decreto dell'11 novembre 1900, n. 366; art. 6 del R. Decreto del 10 giugno 1901, n. 188; art. 6 del R. Decreto del 23 novembre 1902, n. 468).

[3]) Nell'art. 7 del R. Decreto d'amnistia-indulto dell'11 novembre 1900, n. 366, sta detto che l'indulto si ha come non concesso, per i delitti, se nel termine di cinque anni il condannato commetta un nuovo delitto, per il quale riporti una condanna alla reclusione, superiore a sei mesi, e che, in questo caso, la pena che sarebbe stata condonata si computa insieme con quella incorsa per il nuovo reato, secondo l'art. 76 del codice penale.

[4]) Oltre dei già citati autori di trattati generali si vedano: PERRONI-FERRANTI, op. cit., loc. cit. — TORTORA, *Sull'interpretazione dell'art. 76 cod. pen.*, nella *Cassazione unica*, VIII. — BREZZI, op. cit., loc. cit. — MUSCARI, op. cit., loc. cit.

Qui, si parla di « reato »; onde, in una stessa norma, si comprendono, i delitti e le contravvenzioni.

Perchè si applichi questa disposizione è, dunque, necessario, prima di tutto, che sia intervenuta una condanna.

Che dobbiamo intendere per condanna? Anche qui, è necessario pensare che la condanna debba essere irrevocabile. Così, costantemente, decide la Corte di cassazione [1]; così pensiamo anche noi, perchè, se questo articolo parlasse di condanna revocabile, non avrebbero alcun significato le parole, con cui si dice che il nuovo reato deve commettersi prima che la pena sia scontata o mentre essa si sconta.

Non comprendiamo, poi, come si sia potuto sostenere il contrario [2], basandosi sulle parole: « si tien conto soltanto della parte di pena che rimane da *scontare al momento in cui è pronunziata la condanna* », e su di un brano della Relazione finale, ove si dice che si tien conto « di quella parte di pena che rimane da scontare al momento in cui è pronunziata, in prima o seconda istanza, la sentenza di condanna, non al momento in cui questa diventa irrevocabile » [3]. E non lo comprendiamo, sia perchè il Codice adopera la parola « condanna », sempre nel significato di « condanna irrevocabile »; e sia perchè, nella invocata Relazione, si dice soltanto che il tempo, il quale separa la parte di pena scontata dalla parte di pena non scontata, si fissa dalla nuova sentenza senza aspettare che questa sia irrevocabile, mentre non può pensarsi che il significato della parola « condanna » si modifichi nel Codice, sol perchè, nella Relazione, per maggiore chiarezza, si è parlato di « sentenza di condanna irrevocabile ».

Di conseguenza, il momento, che separa la parte di pena scontata dalla parte di pena non scontata, sarà quello in cui si pronunzia la sentenza di prima istanza, anche che un'altra sentenza la modifichi per quel che riguarda la misura della pena, e sarà quello in cui si pronunzia la sentenza di seconda istanza, se con questa si condanna, mentre la sentenza di prima istanza avea prosciolto o la sentenza di prima istanza fu annullata perchè illegale.

---

[1]) Cassazione penale, 21 dicembre 1892 (*Rivista penale*, XXXVII, 411); 17 agosto 1895 (*Rivista penale*, XLII, 415); 4 giugno 1896 (*Foro italiano*, 1896, II, 423); 22 febbraio 1897 (*Cassazione unica*, VIII, 660); 5 dicembre 1899 (*Rivista penale*, XLIX, 166).

[2]) Dal TORTORA, op. cit., loc. cit.

[3]) Relazione al Re, XLIII.

È necessario, in secondo luogo, che la prima condanna sia una condanna ad una pena temporanea restrittiva della libertà personale.

Quindi, sono escluse la pena dell'ergastolo e le pene pecuniarie.

È escluso l'ergastolo, perchè, quando il condannato all'ergastolo commetta un nuovo delitto, si applica l'art. 84, onde s'inasprisce la segregazione cellulare, e perchè il condannato all'ergastolo non può commettere contravvenzioni, e, se anche potesse commetterle, non potrebbe contraddirsi l'art. 67.

Sono escluse le pene pecuniarie, forse, perchè il legislatore ha creduto che, con esse, non si verifichino i danni che si verificano con il cumulo delle pene restrittive. Ad ogni modo, esse sono escluse: onde, se, dopo una condanna, si commette un reato punibile con pena pecuniaria, la pena pecuniaria si applica per intero, e si applica per intero anche se la prima condanna porti la stessa specie di pena.

È necessario che il nuovo reato sia commesso, quando ancora la pena della prima condanna non è scontata o mentre si sconta. Dato il sistema del Codice, questa soluzione è nata, perchè, se si è voluto evitare che due pene si scontino una dopo l'altra, immediatamente e per intero, questa condizione non si verifica quando il nuovo reato si commette dopo che la precedente condanna sia del tutto scontata.

Quindi, se la pena sia scontata o la condanna sia, in qualunque modo, estinta, prima che la nuova condanna sia eseguibile, la pena per il nuovo reato è applicata per intero [1]).

L'aumento di pena, per effetto del concorso, si fa in misura maggiore della normale, — o, se vuolsi, la diminuzione della pena per il nuovo reato, si fa in misura minore della normale —; quindi, allor che l'aumento è della metà (art. 68, 69 n. 1 e 71) vien portato a due terzi; allor che è di un terzo (art. 69 n. 2, 70, 72) vien portato alla metà; allor che è di un sesto (art. 72) vien portato ad un terzo, senza che però si possano superare i limiti massimi di trent'anni per la reclusione e la detenzione, di cinque per il confino (art. 68) e di tre per l'arresto (art. 71).

Questa diversa misura è fatta allo scopo di rendere la pena, inflitta a questo concorso *sui generis*, più grave che la pena inflitta agli altri concorsi.

Per la stessa ragione, il computo si fa, come si è detto, tenendo conto di quella parte di pena, che ancora rimane da scontare, quando

---

[1]) Cassazione penale, 24 settembre 1895 (*Giustizia penale*, I, 1323).

vien pronunciata la prima sentenza di condanna per il nuovo reato. E si tien conto di questo momento, come si è detto, e non di quello in cui la sentenza è divenuta irrevocabile.

Finalmente, nel determinare la pena, si tien conto dell'aggravante della recidiva, ove questa concorra. Non è da tacere, però, che alle volte la diminuzione di pena, dovuta al concorso, è maggiore dell'aumento, dovuto alla recidiva.

Chiare son dunque le differenze tra la prima e la seconda parte dell'art. 76. Facciamo un esempio. Due condannati a otto anni di reclusione, dopo avere scontati quattro anni, sono giudicati tutti e due per uno stesso delitto, che importi dodici anni di reclusione: però uno l'ha commesso prima della condanna, l'altro dopo. Il primo avrà la pena totale del delitto più grave, aumentata della metà dell'altro delitto, e, quindi, sarà complessivamente condannato a sedici anni, onde dovrà scontare ancora dodici anni di pena. L'altro, prescindendo dalla recidiva, avrà la pena del delitto più grave, più la parte di pena già scontata e due terzi della pena che gli restava da scontare per il primo delitto, e quindi sarà condannato a diciotto anni e otto mesi, onde dovrà scontare ancora quattordici anni e otto mesi.

Qual sia l'opinione, che noi, su di questa innovazione, portiamo, non occorre ripetere, dopo quel che dicemmo nella trattazione teorica.

Qui, aggiungiamo soltanto che i pericoli, cui questa disposizione può dar luogo, sono stati esagerati. Difatti, di essa possono, normalmente, giovarsi soltanto quelli, che sono stati condannati dal pretore o dal tribunale. Gli autori di delitti di competenza della corte d'assise possono giovarsi di questa disposizione, sol nelle ipotesi, assai infrequenti, di delitti commessi in carcere o in seguito a fuga avvenuta dopo la condanna. I latitanti più numerosi, quelli cioè che sono stati giudicati in contumacia, non han bisogno d'invocare questo disputato capoverso.

Questo capoverso dell'articolo 76 non si applica al delitto di evasione da parte dei condannati: così, espressamente, dice con le ultime parole l'art. 227 [1]).

---

[1]) Così fu fatto, perchè si disse che, altrimenti, la pena realmente inflitta ai condannati non sarebbe questa che è inflitta dalla legge. Verbali della Commissione, Verbale n. XXV. Il Majno (op. cit., I, n. 1121) dice di non comprendere questa disposizione che, di fronte alla seconda parte dell'art. 76, è eccezionale e contradditoria. Noi, però, osserviamo che, mentre un altro qualunque reato può commettersi anche da chi non sia condannato, questo non può commettersi che dal condannato e dal condannato soltanto. Onde il legislatore ha già tenuto conto di ciò che, nelle altre ipotesi, si è fatto con il capoverso dell'art. 76.

105. Questo art. 76 può dar luogo a speciali risultati, così in rapporto alla segregazione cellulare, come in rapporto all'ammissione negli stabilimenti intermedi e alla liberazione condizionale.

Quando il nuovo reato si commetta, prima che la pena inflitta per l'altro si cominci a scontare, la segregazione cellulare sarà proporzionata all'intera pena risultante dal cumulo e non alle singole pene, guardate prima del cumulo. Ciò pare evidente, dato lo spirito che tutto informa il Codice.

Quando il nuovo reato si commetta, invece, dopo che venne già scontata la segregazione cellulare inflitta per l'altro reato, il condannato deve ritornare in cella. Ma, quale sarà questa nuova segregazione cellulare? Sarà essa proporzionata alla pena non cumulata o alla pena cumulata? Nel silenzio del Codice, e data la soluzione precedente, noi pensiamo che la nuova segregazione cellulare debba essere tale che, aggiunta all'altra, debba stare in proporzione con l'intera pena cumulata.

Per quel che riguarda il passaggio allo stabilimento intermedio e l'ammissione in liberazione condizionale, bisogna distinguere il caso, in cui il nuovo reato sia stato commesso prima della precedente condanna, dal caso in cui sia stato commesso dopo.

Nel primo caso, è naturale che quel passaggio o quell'ammissione abbia luogo, quando sia scontata quella quantità di pena che all'uno o all'altra può dar luogo. Chè se poi il condannato sia già nello stabilimento intermedio o in liberazione condizionale, allora egli ritorna nel penitenziario, ove resta fin quando non si elimini l'impedimento creato dal prolungarsi della pena.

Nel secondo caso, invece, non è più possibile il passaggio allo stabilimento intermedio, nè è possibile l'ammissione in liberazione condizionale, — e se fossero stati concessi sarebbero revocati —; perchè, mentre la legge espressamente richiede che per potersi ottenere quel beneficio occorre la buona condotta (art. 14) e per ottenere questo occorre tale buona condotta da far presumere il ravvedimento (art. 17), non può dirsi che a sì fatte condizioni risponda chi commette un nuovo reato.

106. Quale Autorità deve procedere alla formazione del cumulo delle pene?

Senza alcun dubbio, deve essere l'Autorità giudiziaria, e, di regola, quell'Autorità giudiziaria, che ha pronunziato l'ultima condanna. Nè, a ciò, fa ostacolo l'avere questa Autorità una competenza minore della competenza di cui è dotato il magistrato che ha pronunziato la condanna precedente: non fa ostacolo, poichè qui non

si tratta di giudicare, ma si tratta di fare una semplice operazione aritmetica sui risultati del giudizio.

Non possiamo lodare, dunque, quella sentenza, con la quale si è detto che il giudice di merito non abbia l'obbligo di applicare il cumulo, dovendosi questo applicare nello stadio di esecuzione [1]).

Ma, a questo proposito, sorge un problema assai grave, quando il magistrato, o per aver ignorato la precedente condanna o per negligenza o per un'altra ragione qualunque, non abbia potuto o non abbia voluto applicare le regole del concorso. E questa possibilità ci si palesa tanto più probabile, quando si pensi che il giudice non può tener conto della precedente condanna se essa non risulti dagli atti del processo soggetto al suo esame [2]).

Non vi è dubbio che, se l'art. 76 è scritto per qualche cosa, bisogna pure che esso si applichi e bisogna, di conseguenza, trovare una via per applicarlo. Sarebbe davvero strano che la condizione del condannato venisse aggravata dalla negligenza altrui...

Però, nella nostra legislazione, manca ogni norma in proposito. Le norme bisogna ricavarle, dunque, per analogia, da altre norme.

E anch'io penso, che, in questo caso, le regole del concorso si debbano applicare nello stadio d'esecuzione [3]). Però, non sono d'accordo con chi, come il Cosenza [4]), crede che, oggi, con la nostra legislazione, il cumulo si debba fare sempre nel periodo d'esecuzione e mai in quello di cognizione. Qualunque sia l'opinione, che si può avere nel campo teorico, pare certo che, per quanto si è detto, nella nostra legislazione, di fronte all'art. 76 del Codice penale, il cumulo si debba fare, di regola, nel periodo di cognizione, e che si debba fare nel periodo di esecuzione, sol quando non si sia potuto fare in quello.

Viceversa, non manca chi pensa, invece, che una tale applicazione, nello stadio d'esecuzione, non si possa mai fare.

Il Mortara dice che, allo stato della nostra legislazione, nessuna

---

[1]) Cassazione penale, 24 febbraio 1893 (*Cassazione unica*, IV, 705).

[2]) Cassazione penale, 13 novembre 1896 (*Giustizia penale*, II, 1406); 31 ottobre 1902 (*Cassazione unica*, XIV, 61).

[3]) Così la Cassazione, 5 giugno 1896 (*Giustizia penale*, II, 728); 5 febbraio 1900 (*Giustizia penale*, VI, 666) e nella stessa sentenza citata nella prima nota di questa pagina. In questa sentenza del 5 febbraio, s'aggiunge, e giustamente, che non si possa più tener conto della recidiva che, nel precedente processo, sia passata inosservata, e ciò perchè la sentenza è già cosa giudicata.

[4]) COSENZA, *Per l'attuazione delle norme sul concorso dei reati*, nella *Giustizia penale*, IV e *Del cumulo delle pene*, nella *Cassazione unica*, IX.

Autorità, nè giudiziaria nè amministrativa, può ritenersi investita, nemmeno per analogia, del potere d'applicare il cumulo in sede esecutiva. Però, egli stesso scrive: « noi riconosciamo il diritto ad attuare il cumulo giuridico anche in sede d'esecuzione, perchè esso è filiazione diretta del fatto della esistenza di più sentenze di condanna, che il legislatore non vuole siano scontate nella loro totalità numerica » [1].

Il De Notaristefani pensa, anche lui, che non si possa applicare il cumulo in via esecutiva; e, per evitare che la pena sia materialmente cumulata, osserva che « resta al secondo giudice una via da seguire che la legge lascia perfettamente in sua facoltà, quella di soprassedere dal giudizio, finchè non sia passata in giudicato la sentenza precedente » [2]. Ma questa non è una soluzione, perchè la facoltà, di cui un giudice si avvale, non esclude che altri giudici, di essa, possano non avvalersi, e perchè il dubbio sorge appunto per i molteplici casi, nei quali un giudice ignori quel che vien fatto da un altro. Noi pensiamo che, quando una sentenza non sia ancora irrevocabile, anche che il secondo giudice la conosca, il cumulo debba farsi nello stadio di esecuzione.

Ma quale Autorità deve formare il cumulo, in via d'esecuzione?

Cominciamo con mettere da parte un'opinione davvero strana. La ricordiamo, sol perchè è stata messa avanti da una sentenza della Corte di cassazione [3]. E quale è questa strana opinione? Che il cumulo debba attuarsi — nè più nè meno! — dall'Autorità amministrativa? Opinione è questa davvero stranissima, perchè, in tal modo all'Autorità amministrativa si verrebbero ad attribuire funzioni giudiziarie e, al condannato, si verrebbero a chiudere tutte le vie per dolersi dei possibili errori contro di lui commessi. Anzi se quest'opinione avesse seguito, farebbe indietreggiare la nostra pratica giudiziaria, assai più in là del punto, ove si trova una disposizione (che conosciamo) del Codice svedese, il quale, mentre affida l'iniziativa del cumulo al Prefetto, poi riduce questa iniziativa ad eccitare il giudizio della Corte suprema!

Ricordiamo, ancora, che la nostra Corte suprema ha deciso, qualche volta, d'essere competente essa stessa, quando il cumulo non fosse

---

1) A. Mortara, *L'autorità competente ad applicare il cumulo giuridico in sede di esecuzione*, nella *Giustizia penale*, III.

2) De Notaristefani, *L'autorità competente ad applicare il cumulo giuridico*, nel *Foro penale*, IV.

3) Cassazione penale, 11 novembre 1896 (*Giustizia penale*, II, 1409).

stato applicato dal magistrato di merito [1]). Ma questa giurisprudenza non ebbe seguito, essendosi d'altra parte deciso che, in tal caso, la Corte di cassazione debba annullare la sentenza, rinviando gli atti al magistrato di merito [2]).

La giurisprudenza prevalente è dunque questa: il cumulo, nel periodo di esecuzione, deve attuarsi dal magistrato, che ha pronunziato l'ultima sentenza di condanna, o la condanna più grave, il quale, sull'istanza del condannato, o del Pubblico Ministero, emana, in Camera di consiglio, una ordinanza motivata, di cui si conserva notizia in margine o in fine della sentenza [3]).

Noi pensiamo, dunque, con la giurisprudenza prevalente, che, con la nostra legislazione, il cumulo giuridico delle pene, quando non sia stato attuato dall'ultima sentenza di condanna, debba attuarsi, appunto, nello stadio di esecuzione, dallo stesso magistrato che ha pronunciato l'ultima sentenza di condanna, o che ha pronunziato la condanna più grave, procedendo, come si è detto, questo magistrato in Camera di consiglio.

È vero che nessuna disposizione di legge regola, tassativamente, questa materia, ma è anche vero che la necessità abbia, per così dire, ampliato l'art. 601 del Codice di procedura penale, il quale, applicandosi a tutti gli incidenti d'esecuzione, non v'è ragione perchè non debba applicarsi anche a questo [4]).

Il magistrato, che applica il cumulo giuridico in Camera di consiglio, fa nè più nè meno di quanto si sarebbe dovuto fare dal magistrato, che pronunziò la sentenza. Quindi, esso fa il cumulo delle pene, così come esse si trovano nelle sentenze concorrenti. Di conseguenza, il cumulo sarà fatto anche quando qualcheduna delle pene sia già scontata.

---

[1]) Cassazione penale, 19 ottobre 1893 (*Cassazione unica*, V, 191); 16 marzo 1896 (*Giustizia penale*, II, 340).

[2]) Cassazione penale, 26 luglio 1895 (*Giustizia penale*, I, 960).

[3]) Cassazione penale, 29 gennaio 1895 (*Giustizia penale*, I, 215); 13 novembre 1896 (*Giustizia penale*, II, 1406); 31 ottobre 1902 (*Cassazione unica*, XIV, 61). Così anche la Corte d'appello di Venezia, 13 aprile 1891 (*Rivista penale*, XXXIV, 343). E, trattandosi di sentenza della Corte d'assise, ove la Corte non sia aperta, il cumulo si farà dalla Sezione penale della Corte d'appello. Così decise la Cassazione, 7 aprile 1903 (*Rivista penale*, LVIII, 64).

[4]) A questo proposito, e per le necessarie innovazioni proposte dalla Commissione che studia la riforma del Codice di procedura penale, si vegga quel che ho detto altrove: *Sui principii direttivi di un nuovo codice di procedura penale*, XVI, nella *Giustizia penale*, VI.

E questa soluzione è vera sempre, anche quando le pene già scontate siano appunto le pene minori. Onde, dalla pena complessiva, bisognerebbe sottrarre tanto quanto equivale a quel che, mediante le pene minori, si è scontato in più.

107. Concludiamo.

La teoria, che da noi, in queste pagine, si è tentata, — teoria non sempre d'accordo con la teoria del nostro legislatore —, può riassumersi nei quattro seguenti teoremi:

I. La lesione giuridica è costituita dalla totalità dell'aggressione ad un diritto o ad una regola di cautela, e non da ciascuna delle cose su cui materialmente cade il reato o da ciascuno dei momenti durante i quali l'aggressione si esplica e si compie.

II. Quando, per opera di una medesima persona, diverse norme giuridiche siano violate, ovvero la medesima norma giuridica sia più volte violata, — e si sa di violarle —, o si ha l'intenzione rivolta verso tutte le lesioni, o si ha l'intenzione rivolta verso una sola di esse con la concomitante rappresentazione dell'altra. Così nel primo come nel secondo caso, le lesioni giuridiche sono tutte imputabili, perchè tanto è volere un evento quanto è sapere che lo cagioniamo. Però, esiste un reato solo, quando le norme, che tutelano i beni giuridici, siano così inseparabili, — appunto perchè inseparabili sono i beni tutelati —, che vengono violate l'una e l'altra, anche quando se ne voglia violare una sola, e la materialità del reato non cresce, anche quando si vogliano violare entrambe; ed esiste un reato solo, perchè vi è una intenzione o una rappresentazione che nulla cagiona oltre quello che, senza di essa, vien cagionato.

III. La responsabilità del reo di più reati non è mai uguale alla somma delle responsabilità dei singoli reati, come se fossero commessi da diverse persone, ma è, invece, maggiore o minore, per la coordinazione che essi ricevono in un'unica coscienza.

IV. La pena dei reati concorrenti si determina con quegli stessi criteri, con i quali si determina la pena d'un reato unico e isolato.

Bibliografia

ALPI, *Delitto continuato, consumato, mancato, tentato*, ne *La Legge*, XII. — BENNATI, *Sulla definizione del reato permanente*. Bergamo 1896. — BETTA, *L'articolo 78 c. p. e il porto d'armi da fuoco senza licenza*, nella *Rivista universale di giurisprudenza e dottrina*, V. — BEUKELMAN, *Het voortgezette delict naar, aanleiding van art.* 56. Leiden 1882. — BINDING, *Beiträge zur Lehre von der Konkurrenz der Strafgesetze*. Leipzig 1885. BONNEVILLE DE MARSANGY, *Concours d'infractions*, in *De l'amélioration de la loi criminelle*, vol. II. Paris 1864. — BOZZI, *Truffa commessa mediante l'uso di un atto pubblico falsificato*, nel *Foro catanese*, 1892. — BREZZI, *Interpretazione del capoverso dell'art. 76*, ne *La Cassazione unica*, VIII. — CAMPUS, *Studio sul reato permanente*. Sassari 1902. — — CAPOCELLI, *Del concorso di reati*, in appendice alla *Teoria del codice penale* di CHAUVEAU ed HÉLIE, ripubblicata dal PESSINA, vol. I, P. I. Napoli 1886. — CARADIA, *Dissertatio de concursu delictorum*. Berolini 1856. — CARRARA, *Concorso di delitto consumato e tentato*, in *Reminiscenze di cattedra e foro*. Lucca 1883; *Delitto continuato*, in *Reminiscenze di cattedra e foro*. Lucca 1883; *Iterazioni immaginarie*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. VI. Prato 1884; *Teorica della prevalenza secondo la scuola ontologica e la giurisprudenza toscana*, nel *Monitore delle leggi*, II. — CASTORI, *Concorso di reati e di pene*, nel *Completo Trattato teorico e pratico di diritto penale*, pubblicato dal COGLIOLO, vol. I, P. III. Milano 1889. — CIANCI, *Saggi critici di giurisprudenza penale: i reati simultanei, complessi e continuati*. Napoli 1886; *Dei reati concorrenti*, nella *Giurisprudenza italiana*, LV. — CONFORTI, *Se l'art. 425 contempli uno dei casi di eccezione preveduti dall'art.* 77, nel *Supplemento alla Rivista penale*, III. — COSENZA, *Per l'attuazione delle norme sul concorso dei reati*, ne *La Giustizia penale*, IV; *Del cumulo delle pene*, ne *La Cassazione unica*, IX. — DIETZ, *Zur Lehre vom sogenannten fortgesetzten Verbrechen*, in *Der Gerichtssaal*, XII. — DE NOTARISTEFANI, *Il reato continuato per gli effetti della competenza*, nel *Foro penale*, IV; *L'autorità competente ad applicare il cumulo giuridico*, nel *Foro penale*, IV. — DOCHOW, *Zur Lehre von dem gewerbs und gewohneitsmässigen Verbrechen*. Jena 1871. — ESCOBEDO, nota ne *La Giustizia penale*, I, 370. — FARNBACHER, *Der Begriff der sogenannten fortgesetzten Verbrechen und seine juristischen Konsequenzen*. Erlangen 1897. — FACCHINETTI, *I reati continuati e la cosa giudicata*, ne *La Giustizia penale*, IV. — FORMICHELLA, *Brevi considerazioni sull'art. 70 nei rapporti dell'art. 68 cod. pen*. Salerno 1902. — FUCHS, *Ideale Konkurrenz bei Antragsdelikten*, in *Der Gerichtssaal*, XXIV. — GATTI, *Sulla concorrenza formale dei reati*. Messina 1880. — GARBURA, *Del concorso di reati e di pene*. Mestre 1897; *Il reato permanente e l'amnistia*, ne *La*

Cassazione unica, VIII. — GEYER, *Konkurrenz*, in HOLTZENDORFF's *Rechtslexikon*, II. Leipzig 1881; *Ein Beitrag zur Lehre von der Konkurrenz der Verbrechen*, in *Der Gerichtssaal*, XIII. — GISMONDI, *Sovra taluni casi di concorso di reati contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, nel *Foro penale*. VIII. — GIRARDINI, *Del modo di determinare la competenza nei reati continuati*, nella *Temi veneta*, XVIII. — GREGORACI, *La pena del reato permanente o continuato commesso sotto l'impero di leggi diverse*, ne *La Legge*, XXXI. — GRIPPO, nota nel *Filangieri*, VI, P. II, pag. 60. — HABERMAAS, *Die ideale Konkurrenz der Delikte*. Stuttgart 1882. — HEINEMANN, *Lehre von der Idealkonkurrenz*. Berlin XVIII. — HILLER, *Ueber den gegenwärtigen Stand der Lehre von der Konkurrenz der Delikte*, in *Der Gerichtssaal*, XXXII. — HÖPFNER, *Einheit und Merheit der Verbrechen*, vol. I. Berlin 1901 (continua). — IFLIJAND, *Porodi priminenjia 133 st.*, in *Giurnal Ministerstva Justizii*, 1898. IMPALLOMENI. *Reato continuato*. Catania 1882; *Concorrenza reale e concorrenza formale dei reati*. Catania-Palermo 1884-85; *Sul reato continuato*, nella *Rivista penale*, XXV; *Eterogeneità del concorso formale di reati*, nella *Rivista giuridica della Sicilia*, I. — JACOBS, *Die ideale Konkurrenz*. Erlangen 1897 — JAGEMANN, *Die Bestrafung zusammentreffender Verbrechen*, in *Archiv des Kriminalrechts*, 1849; *Das Zusammenwirken zum Verbrechen*, in *Archiv des Kriminalrechts*, 1851. — JOHN, *Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und Verbrechen Konkurrenz*. Berlin 1860 — KRUG, *Ueber die Konkurrenz der Verbrechen*. Leipzig 1842; *Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen*. Leipzig 1857. — LANZA, *Osservazioni scientifiche ed esegetiche su alcune forme di concorso di reati*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, VI. — LARCHER, *Du concours idéal d'infractions*, nella *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1898. — LILIENTHAL, *Beiträge zur Lehre von Kollektivdelikten*. Leipzig 1879. — LOEVENSTEIN, *Die Verbrechenskonkurrenz*. Stuttgart 1883. — LONGHI, *Ammonizione, vigilanza e domicilio coatto concorrenti*, ne *La Legge*, XLIII. — LUCCHINI, *Ancora sul reato continuato*, nella *Rivista penale*, XXV. — MANEO, *La continuazione dei reati e la competenza*, nella *Temi veneta*, XX. — MANDUCA, *La concorrenza dei reati*, nel *Filangieri*, VI. — MARCHI, *Il falso in scrittura privata come mezzo alla consumazione della truffa*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, III. — MASUCCI, *Concorso di reati e di pene*, in *Il Digesto italiano*, vol. VIII, P. I. Torino 1896; *L'estinzione dell'azione penale nei reati continuati*, in *Il Movimento giuridico*, V. — MERKEL, *Die Strafanwendung durch den Richter*, in HOLTZENDORFF's *Handbuch des Strafrechts*, II. Berlin 1871. — MIANI, *Recidiva, reiterazione e continuazione nei reati*. Napoli, 1890. — MITTERMAIER, *Della differenza fra i delitti continuati e reiterati*, negli *Scritti germanici di diritto criminale*, pubblicati dal MORI, II. Livorno 1846. — MONA, *Dei rei di più reati e dei recidivi*. Novara 1860. — MORTARA A., *L'Autorità competente ad applicare il cumulo giuridico in sede di esecuzione*, in *La Giustizia penale*, III. — MUSCARI, *Del concorso di pene specialmente in rapporto all'art. 76*, nel *Supplemento alla Rivista penale*, XI. — NEUBURGER, *Das fortgesetzte Verbrechen nach der Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts*. Erlangen 1896. — OLSHAUSEN, *Der Einfluss von Vorbestrafung*. Berlin 1876. — ORTLOFF, *Ideal und Realkonkurrenz und ihre Einwirkung auf die Schuldfrage und in die Auslieferung*, in GOLTDANMER's *Archiv*, XXXII. — PAGANI, *Sulla prima parte dell'art. 76 c. p.*, in *La scuola positiva*, 1901. — PAOLI. *Del concorso di più persone nello stesso reato e di più reati nella stessa persona*. Firenze 1881. — PERRONI-FERRANTI, *L'art. 76 del codice penale*, nella *Rivista*

penale, XXXI. — PETERSON-RAMRING, *Bijdrage tot de leer van den samenloop van strafbare handelingen.* Utrecht 1885. — PFLAUM, *Ueber Gesetzkonkurrenz auf dem Gebiete des Strafrechts.* München 1898. — PICARD e HOFFSCHMIDT, in *Pandectes belges,* voce: *Concours d'infractions,* vol. XXIII. Bruxelles 1887. — POLA, *L'art. 79 c. p. e la falsa testimonianza,* in *La Giustizia penale,* III. — PRAGER, *Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen.* Furth 1896. — PUGLIA, *Concorso di reati e di pene,* in *La Temi siciliana,* II. — RATHENAU, *Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen.* Berlin 1896. — ROSENBLATT, *Die Strafenconcurrenz: Lehre von der Verbrechens Concurrenz.* Teschen 1879. — ROTTECK, *Ueber Konkurrenz der Verbrechen.* Freiburg 1840. — SANTORO-FAIELLA, *Intorno all'art. 78 c. p.,* nella *Gazzetta giuridica,* I. — SARROCCHI, *La cosa giudicata nei reati continuati,* in *Studi senesi,* XII. — SAVIGNY, *De concursu delictorum formali.* Maburgi 1880. — SCHULTZ, *De concursu delictorum.* Halae 1748. — SEMMOLA, *Concorso di reati,* in *Il Filangieri,* II. — SCHÖPF, *De concursu delictorum.* Tubingae 1758. — SCHREUER, *Die Behandlung der Verbrechenskonkurrenz in den Volksrechten.* Breslau 1896. — SCHÜTZE, *Konkurrenz als Frage der Gesetzgebung,* in *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft,* III. — SCHWARZE, *Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen,* in *Der Gerichtssaal,* XII; *Die Theorie der Konkurrenz und das Strafgesetzbuch,* in *Der Gerichtssaal,* XXXIV. — STENGLEIN, *Gesamtstrafe; Idealer Zusammenfluss mehrerer Strafthaten; Zusammenfluss selbständiger Strafthaten,* in *Lexikon des deutschen Strafrechts,* I, II. Berlin 1900. — STIPANSKI, *Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage.* Berlin 1901. — STOPPATO, nota nella *Temi Veneta,* XXIII, 38. — TAGANZEFF, *O povtorenii prestuplenii.* S. Peterburg 1867. — THOMAS, *Ueber das Wesen der idealen Konkurrenz von Delicten und seine theoretischen und praktischen Konsequenzen bei der Bestrafung.* Freiburg 1897. — TORTORA, *Sull'interpretazione dell'art. 76 c. p.,* ne *La Cassazione unica,* VIII. — VARNBÜHLER, *De concursu delictorum.* Argenterati 1857. — VASTO, *Sul cumulo giuridico delle pene,* nella *Rivista di discipline carcerarie,* XXV. — VON BURI, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen,* in *Der Gerichtssaal,* XXXI. — WACHENFELD, *Theorie der Verbrechenskonkurrenz.* Berlin 1893. — WAFFLAER, *De concursu delictorum.* Lovanii 1822. — WORINGEN, *Ueber den Begriff des fortgesetzten Verbrechens.* Freiburg 1857. — ZAHLER, *Ueber Verbrechenskonkurrenz.* Würzburg 1827.

Avvertenza.

Le parole chiuse tra parentesi, nella seconda linea a pag. 409, si facciano precedere da queste: « *e, per la reiterazione,...* ».

Alla prima sentenza, citata nella nota 9 a pag. 425, si aggiunga l'altra del giorno 11 luglio 1903 (*Rivista penale,* LVIII, 338). Il caso, deciso con la sentenza citata nella nota 10, non è quello indicato nel testo, ma quello, invece, indicato nella seconda parte della nota 3 a pag. 545.

La Cassazione — e basti ricordare la sentenza del 6 aprile 1903 (*Rivista penale,* LVIII, 229) — ha escluso la continuazione tra reato tentato e mancato,

nei casi in cui noi la escludiamo, ma non per gli argomenti da noi esposti a pag. 433, bensì per quelli da noi combattuti a pag. 426.

Alle sentenze, citate nella nota 1 a pag. 438, si aggiungano le altre: 11 luglio 1902 (*Rivista penale*, LVII, 91) e 2 aprile 1903 (*Rivista penale*, LVIII, 33). A quella citata nella nota 2 si aggiunga l'altra: 11 luglio 1903 (*Rivista penale*, LVIII, 338).

Nella linea 15 della pag. 441, meglio che « *la consumazione, benchè volontaria, perduri in modo quasi negativo* » si legga: *la consumazione perduri, benchè volontaria, in modo quasi negativo* ».

Alle sentenze della Cassazione, citate nella nota 4 a pag. 523, si aggiungano le seguenti: 18 aprile 1902 (*Rivista penale*, LVI, 116); 23 aprile 1902 (*Giustizia penale*, VIII, 759); 13 agosto 1902 (*Rivista penale*, LVI, 465). Non nascondo che la soluzione, alla quale ho aderito, non mi lascia del tutto tranquillo.

Nella penultima linea a pag. 530, dopo le parole: « *le lesioni e gli omicidi colposi* », si aggiunga: « — *tanto è vero che le une e gli altri possono commettersi anche da chi abbia il permesso di portare l'arme* — ».

Alle sentenze citate nelle note 4 e 6 a pag. 545 si aggiunga quella del 16 gennaio 1903 (*Giustizia penale*, IX, 412). Evidentemente, la decisione del 27 febbraio 1903 (*Giustizia penale*, IX, 666), per l'ipotesi speciale che decide, non è in contraddizione con quel che noi abbiamo sostenuto.

I reati tra di loro indipendenti — dei quali, in contrapposizione degli altri, parlo in fine di pag. 605 — sono quelli che, secondo notammo a pag. 557, stanno, come suol dirsi, in connessione materiale.

Agli articoli del Codice penale riportati nella linea seconda a pag. 606 si aggiunga l'art. 190.

Alle sentenze citate nella nota 3 a pag. 621 si aggiunga la seguente: 13 febbraio 1903 (*Temi siciliana*, II, p. III, 33).

Prof. FERDINANDO PUGLIA

DELLA RECIDIVA

(*Libro I, Titolo VIII codice penale*)

INTRODUZIONE

Anche nei tempi, in cui il sentimento giuridico non fu molto
ıppato e l'idea del giusto, che è idea di ***proporzione,*** fu vaga
ndeterminata, si giudicò meritevole di più grave punizione il
evole di più delitti. E certamente la ragione naturale è stata
ıta, che la molteplicità delle offese ai diritti altrui rivela una
giore perversità d'animo in colui che se ne rende colpevole, una
istenza nel mal fare, contro la quale è necessità che si opponga
giore gravità della pena.

Sviluppatasi la coscienza giuridica dei popoli, e stabilitisi alcuni
eri per proporzionare le pene ai delitti, si incominciò a fare di-
zione fra diverse ipotesi di molteplicità di reati imputabili allo
so individuo. Ma il fatto, che prima d'ogni altro fu oggetto di
ciale considerazione, fu la ricaduta nel delitto da parte di colui,
già fosse stato ***condannato*** per altro delitto anteriormente com-
so. Ritennesi, che in tal caso la pena del secondo delitto si do-
se sempre aumentare.

Ma, come bene osserva il Pessina, il concetto di una possibile
lazione di maggiore perversità giuridica in colui che ricadeva
delitto, non si presentò a chiare note nelle legislazioni anteriori
secolo XIX [1]). Difatti antecedentemente a queste quel concetto
limitato ad un determinato numero di casi, e specialmente alle
dute nei ***furti,*** e non vi era una teorica scientifica, che stabi-
e i criteri di una retta applicazione di quel concetto.

Ma, nel secolo passato, col rinnovarsi della scienza del Diritto
ale e col sorgere degli studi penitenziari, non solo si distinsero
liverse ipotesi di ***pluralità*** di reati imputabili allo stesso indi-
uo, ma anco si ricercarono i provvedimenti giuridici più adatti
punizione del colpevole, distinguendosi diverse ipotesi.

È qui necessario che brevemente si esaminino queste ipotesi per

---

[1]) PESSINA, *Elementi,* vol. I, pag. 301.

vedere in qual modo i criminalisti siano giunti a stabilire la teoria della *recidiva,* e per quali ragioni tanto si sia discusso ed ancor si discuta intorno ad essa.

Per comune dottrina il reato è violazione di un determinato diritto protetto con sanzione penale. E due elementi si ritengono necessari alla sua esistenza, l'elemento *psicologico* e l'elemento *materiale,* il quale consiste nell'*azione,* cioè in una serie più o meno estesa di *atti.*

Or i criminalisti moderni, considerando tanto le azioni delittuose, quanto il delinquente, e specialmente i rapporti tra quelle e questo, hanno distinto i seguenti casi più importanti di *pluralità* di reati commessi da un solo individuo:

1.° Reato *successivo,* cioè, il reato, che non ha termine coll'atto di consumazione, ma perdura in virtù di una serie di atti successivi che costituiscono una permanente violazione di un determinato diritto. Esempi comuni sono il *sequestro di persona* ed il *ratto.*

Chi considera attentamente questa specie di reati osserva, che il cosidetto reato *successivo* è il risultato di unico elemento *materiale* costituito da una serie di atti indispensabili alla sua esistenza, ed ha unico *obbietto,* la violazione di uno speciale diritto. La *pluralità* però degli atti successivi *antigiuridici* non costituisce una pluralità di *reati:* onde alla denominazione di reato *successivo* sarebbe preferibile l'altra di reato *permanente.*

2.° Reato *continuato,* cioè, quel reato, che consiste in una pluralità di azioni costituenti ciascuna una violazione distinta dello stesso diritto, unificate però dall'elemento *psicologico,* che è unico, e dall'*unicità di diritto* leso.

Se si stabilisce un confronto tra il reato *permanente* ed il reato *continuato,* si nota, che il solo carattere differenziale sta appunto in questo, che nel primo vi è *iterazione di atti,* che concorrono a prolungare la violazione del diritto, nel secondo *iterazione della violazione* del diritto.

Tale carattere differenziale fu rilevato presso noi dal Giuliani, in Francia dall'Ortolan, perchè prima di loro si era accettata intorno alla *continuità* del delitto la dottrina di Claro, nella quale non si faceva la distinzione sopraccennata [1]).

---

[1]) CLARO, *Prax. crim. quaest.,* 51; GIULIANI, *Istit. di Dir. crim.,* vol. I; ORTOLAN, *Élém. du droit pén.,* vol. I, n. 759. La confusione si fa ancora da alcuni scrittori.

3.° Reato *complesso,* cioè, il reato, che consiste in una molteplicità di atti unificati dal *fine* delittuoso, diretti all'offesa di diritti diversi, come quando, ad esempio, in una rissa alcuno minaccia e ingiuria.

4.° Reati *connessi,* quelli, cioè, che sono intimamente legati tra loro da rapporti di *mezzo* a *fine* o di *motivo* a *conseguenza* o dalla *occasione.*

5.° Reati *collettivi,* cioè, quelli, che implicano *abitualità,* e sono detti anche reati *abituali* o *professionali. L'abitualità* viene però nel nostro codice considerata come una circostanza *aggravante* la responsabilità per taluni delitti.

6.° Reati *disgiunti,* cioè, reati *distinti* e che nessun rapporto hanno tra loro o reati *indipendenti* l'uno dall'altro.

Ecco le più importanti distinzioni dei reati fatte dalla maggior parte dei criminalisti col fine di proporzionare nel miglior modo possibile le *pene* ai *delitti.*

Giova fissare dapprima l'attenzione sulla sesta categoria, poi confrontare questa colle altre per trarre talune illazioni di grave importanza per l'istituto giuridico della *recidiva.*

I reati *disgiunti* commessi dalla stessa persona danno origine, per dottrina comune, a due posizioni giuridiche diverse del delinquente di fronte alla società, cioè, o di renderlo responsabile come *reiteratore* o di renderlo responsabile come *recidivo,* secondo che concorrono o no talune condizioni, di cui faremo parola.

La *reiterazione* costituisce il cosidetto *concorso reale* dei reati [1]), e presuppone le seguenti condizioni:

1.° *pluralità* di reati;

2.° che questi reati siano non solo *distinti,* ma anco *indipendenti* l'uno dall'altro tanto *psicologicamente,* che *obbiettivamente;*

3.° che siano stati commessi dalla stessa persona.

Nel concorso *reale* dei reati si ravvisarono due figure particolari desunte dalla qualità dei diritti offesi, cioè, l'*iterazione* propriamente detta, che consiste nel concorso di reati *omogenei,* ed il *cumulo* dei reati consistente nel concorso di reati *eterogenei.* La distinzione è stata fatta per mostrare, che l'*iterazione* può essere segno o di *abitualità* a delinquere o di malattia mentale *parziale.*

E certamente la distinzione ha importanza anco nella scienza moderna, perchè delinea una differenza *antropologica,* normale o

---

[1]) Vedi il Titolo VII del vigente Codice penale.

morbosa che sia, la quale deve condurre ad una differenza di trattamento *giuridico* [1]).

Una specie di *iterazione* di reato, che, secondo gli scrittori, non costituisce *concorso reale* vero e proprio di reati, è la *recidiva,* cioè, la ricaduta nel delitto dopo una sentenza irrevocabile di condanna per un precedente delitto. È questo il concetto della recidiva in senso esteso, perchè, come si vedrà, vi sono stati scrittori, che hanno richiesto altre condizioni oltre l'estremo della *condanna* per precedente reato, perchè si possa ammettere la *recidiva.*

La *recidiva* è, senza dubbio, *iterazione* di reato, ma viene considerata separatamente da questa, perchè si è ritenuto che essa debba considerarsi come circostanza *aggravante* la responsabilità o la pena. Vedremo quanto di vero ci sia in siffatta dottrina; sembraci però, che chi bene considera la recidiva e la pone in confronto coll'*iterazione* costituente il *concorso materiale* di reati, non possa non rilevare un grave inconveniente, se non vogliasi dire un *errore,* nella dottrina prevalente intorno agli effetti giuridici, che si fanno derivare e dal *concorso dei reati* e dalla *recidiva.* E l'inconveniente o errore consiste in questo, che il responsabile per *concorso di reati* o meglio il *reiteratore* dimostra, come il *recidivo,* che in lui è ferma la tendenza a violare le norme tutelate dalla legge penale. Tuttavia per moltissimi criminalisti e per molte legislazioni la *reiterazione* non aggrava la responsabilità o la pena, chè anzi, escluso il caso di *cumulo materiale* delle *pene* stabilite per i diversi reati commessi dal reiteratore, la diminuisce [2]). Onde sembra pur esatta l'osservazione fatta da qualcuno, che in alcune legislazioni e per alcuni scrittori la misura penale per i reati commessi a minuto è diversa da quella stabilita per i reati commessi all'ingrosso.

Col rilevare una incongruenza tra il trattamento giuridico del *reiteratore* e quello del *recidivo,* non intendiamo farci sostenitori della dottrina del cumulo *materiale* delle pene a causa del *concorso* di reati; e tanto meno vogliamo schierarci dalla parte di quei criminalisti, che sostengono non potersi la recidiva considerare mai una circostanza *aggravante.*

A prescindere dall'opinione, da noi altrove manifestata, che la

---

[1]) Intendiamo riferirci alla vera e propria *iterazione,* non a quelle forme apparenti di *iterazione,* che dal CARRARA furono dette *iterazioni imaginarie* (in *Riv. pen.,* vol. II, pag. 126).

[2]) Per il nostro Codice ciò risulta dalle diverse disposizioni poste sotto il titolo *Del concorso di reati,* e specialmente da quella dell'art. 68.

recidiva non può sempre considerarsi come circostanza aggravante, e di conseguenza neanche la *reiterazione*, osserviamo solo che la ragione pratica, non la metafisica, vuole che il reiteratore ed il recidivo di fronte alla società rispondano dei reati commessi, ma che questa responsabilità debba essere la risultante della composizione o unificazione dei reati commessi. Riteniamo che alla *recidiva* si possa applicare quel pensiero, che l'Impallomeni manifestava per la *concorrenza reale* dei reati, che, cioè, le delinquenze concorrono, ma non si accumulano, e che va crescendo la responsabilità del delinquente col crescere dei reati [1]).

E che la responsabilità del colpevole di più reati, *reiteratore* o *recidivo* che sia, debba considerarsi come fatto unico, è principio scientifico che, a nostro giudizio, non può essere distrutto dalla considerazione fatta da alcuni scrittori, che, cioè, solo quando il primo reato sia scoperto ed accertato giudizialmente si può accusare di ostinazione chi ritorna a delinquere, perchè, a loro giudizio, essendo la speranza dell'impunità uno dei più forti incentivi alla delinquenza, occorre minore energia a commettere ulteriori reati a chi impunemente ne ha commessi altri [2]).

Con tale considerazione si cercherebbe dimostrare, che diverso debba essere il trattamento giuridico del *reiteratore* da quello del *recidivo*, che, in altri termini, per il primo non vi sarebbe ragione di aggravare la pena.

Or non mettiamo in dubbio la verità di quella considerazione, ma crediamo che la conseguenza non discenda legittima dalle premesse. Ed invero sia pure che occorra una energia minore a delinquere per colui che è riuscito ad eludere le ricerche della giustizia per altri reati commessi, certo è che la *reiterazione* è prova di perseveranza nei propositi, e quindi il reiteratore in taluni casi non è meno temibile del *recidivo*.

Potrà talora solo farsi questione intorno al *grado* di temibilità o di perversità di animo: ma escludere in modo assoluto la maggiore responsabilità penale del reiteratore in confronto al recidivo non ci sembra esatto.

---

[1]) IMPALLOMENI, *Concorrenza reale*, ecc., § 22, Catania, 1884. Anco l'ALIMENA ritiene che in alcuni casi si debba abbandonare la timida limitazione dell'art. 68, perchè il reo di più reati deve essere giudicato in tutta la sua responsabilità. (Vedi *I limiti ed i modificatori dell'imputabilità*, vol. III, p. 620).

[2]) Vedi CIVOLI, *Manuale di diritto penale*, pag. 519, Milano, Società editrice Libraria.

Abbiamo voluto fare tali considerazioni sulla *reiterazione* e sulla *recidiva* allo scopo di trarre una illazione utile alla tesi che propugneremo intorno alla *recidiva*, e cioè, che è stato effetto di esagerato dottrinarismo l'essersi ritenuto che dei colpevoli di più reati sia maggiormente temibile il *recidivo* [1]). E dall'esagerazione di un concetto entro certi limiti vero ne è venuta fuori una teorica intorno alla recidiva, debole nelle sue basi e non sempre organica nelle diverse dottrine attinenti alle questioni varie, cui quell'istituto giuridico dà origine.

Sembra a noi perciò che la scienza del Diritto penale, che fra gli altri suoi obbietti ha quello di ricercare la proporzione necessaria fra i diversi mezzi di tutela dell'ordine giuridico contro le attività criminose, che tendono a dissolverlo, debba determinare con maggiore esattezza a quali condizioni ed in quali casi la *recidiva* possa considerarsi come circostanza aggravante, ed esaminare se altre ipotesi di *pluralità* di reati imputabili alla stessa persona siano da equipararsi alla *recidiva*.

Ed altre ipotesi, a nostro giudizio, vi sono, che dovrebbero essere messe in raffronto con quella della *recidiva* al fine di determinare le somiglianze e le differenze loro, come, ad esempio, quella del reato *continuato*, che è ripetizione di atti criminosi costitutivi di reato e distinti tra loro, sebbene fusi in unica coscienza criminosa, e le ipotesi di altre forme di estrinsecazione dell'attività criminale, di cui non senza ragione abbiamo fatto cenno esaminando le distinzioni più importanti, che dei reati si sogliono fare in dottrina.

Si vedrebbe allora, che, se è giusto che la recidiva si consideri come circostanza aggravante, è necessario d'altra parte, che si determini con maggiore esattezza il suo valore giuridico e politico, e che i principii, che intorno ad essa si stabiliscono, siano coordinati a quelli che riguardano casi analoghi o identici [2]).

E per noi considerazione scientifica non trascurabile è questa principalmente, che, cioè, i *reiteratori* ed i *recidivi* costituiscono la

---

[1]) Anco il GAROFALO deplora l'indulgenza, a cui si è proclivi nei casi di *concorso di reati* (Vedi *Criminologia*, pag. 220). Se non ci inganniamo, il legislatore in soli tre casi non giudica sufficienti le pene stabilite per il *concorso*, in quelli cioè previsti dagli art. 136, 137 e 250, e prescrive un aggravamento di pena.

[2]) Vedi PRINS, *Science pénale et droit positif*, 525 e seg.; FLORIAN, *Dei reati e delle pene*, vol. I del *Trattato di dir. pen.* edito dalla Soc. Editrice Libraria, pag. 830; MAJNO, *Comm. al Cod. pen.*, vol. I, pag. 212.

categoria dei delinquenti *abituali,* che, senza dubbio, sono di regola i delinquenti più temibili o più pericolosi per l'ordine sociale.

Non crediamo però che si possa affermare che la distinzione fra *reiteratori* e *recidivi* sia meramente formale. La *recidiva* infatti dal punto di vista sociologico presenta una maggiore gravità della *reiterazione,* perchè nella coscienza sociale il concetto od il fatto della recidiva determina una serie di rappresentazioni paurose, apparendo i recidivi una classe di malfattori ostinati nel male e refrattari alle sanzioni repressive. Ma la coscienza scientifica o riflessa non può limitarsi a considerazioni puramente estrinseche al fatto della *recidiva,* ma deve ricercare le cause intrinseche di questa.

Or sono appunto queste cause, che, a nostro giudizio, determinano la differenza tra la *recidiva* e la *reiterazione.* E su di esse appunto il giurista ed il sociologo debbono fermare l'attenzione, perchè, diverse essendo, diverso dovrà essere il trattamento giuridico dei *reiteratori* e dei *recidivi,* sebbene gli uni e gli altri formino la categoria dei delinquenti *abituali.* E, determinate esattamente quelle cause, si vedrà che in alcuni casi il *reiteratore* è più temibile del *recidivo.*

E questo si è compreso ai nostri giorni; tanto vero che la maggior parte degli studi scientifici moderni mirano alla ricerca delle *cause* della recidiva per avvisare ai mezzi necessari per combatterla. A tale ricerca si è mirato anche in non pochi *Congressi penitenziari internazionali* ed in quelli di *Antropologia criminale.*

Nè noi potremmo prescindere dal trattare dell'etiologia della recidiva, perchè le ricerche intorno alle cause di questo fenomeno doloroso della vita sociale sono feconde di utili risultati per la scienza del *Diritto penale,* la quale deve regolare l'istituto giuridico della *recidiva* in maniera che l'ordine sociale venga nel miglior modo possibile difeso e l'ingiustizia eliminata.

Sembra a taluni che lo studio della *recidiva* e dei *modi* di combatterla debba formare piuttosto oggetto delle *discipline carcerarie,* che del *diritto penale.* E difatti in questi ultimi tempi da tal punto di vista la *recidiva* è stata considerata maggiormente. Ma ciò non implica che la scienza del Diritto criminale non debba più occuparsi di un fenomeno sociale così grave, quale è la *recidiva.*

---

[1]) Vedi D'OLIVECRONA, *Des causes de la récidive et des moyens d'en restreindre les effets,* Paris; BRUSA, *Quale sarebbe il miglior mezzo di combattere la recidiva;* THIRY, *Des mesures applicables aux incorrigibles* (in *Actes du troisième Congrès de Anthrop. crim.,* pag. 114), ecc. ecc.

La recidiva è un fenomeno, che, come vedremo, è effetto di cause varie, di cui la ricerca è di spettanza di scienze diverse; e per combatterla sono di conseguenza necessari mezzi vari in correlazione alle cause determinanti.

È còmpito infatti della *Sociologia criminale* e propriamente della *politica criminale* ricercare le cause *sociali*, che su quel fenomeno agiscono; dell'*Antropologia criminale*, ricercare le cause *organiche* e *psicologiche;* della *Penalogia* o delle scienze *penitenziarie* investigare sino a qual punto gli ordinamenti carcerari in vigore nella maggior parte delle nazioni contribuiscono all'aumento dei recidivi.

È còmpito poi della scienza del *Diritto penale* esaminare se, constatate le cause varie della recidiva, abbia efficacia l'aumento della pena o l'applicazione di provvedimenti d'indole repressiva a neutralizzare la forza di tutte o di alcune di quelle, o di attenuarla in modo da potersi ottenere una diminuzione nel numero dei recidivi.

E che un'efficacia la sanzione repressiva possa avere sui recidivi a noi sembra indiscutibile, perchè la *pena* è, come ben aveva osservato il Beccaria, un *motivo sensibile* opposto al delitto, è una forza modificatrice della dinamica psichica. Trattasi solo di determinare i casi, in cui il rimedio d'indole *repressiva* può produrre effetti utili, i limiti in cui può produrli, e di investigare poi quali altri provvedimenti siano da adottarsi nei casi in cui l'efficacia della repressione sia debole o nulla.

Quest'ultima investigazione però non è di spettanza del *diritto penale*, ma della *politica criminale* e della *scienza penitenziaria*, essendo còmpito di quello solamente stabilire i principî scientifici e le norme attinenti alla sanzione repressiva, quale rimedio efficace, nei congrui casi, per combattere la recidiva.

Ora fra le questioni varie, che intorno alla recidiva si agitano, tratteremo solo di quelle che hanno rapporto diretto coll'esame della recidiva considerata quale *istituto giuridico,* che deve essere riconosciuto legittimo dalla scienza del Diritto penale, ed essere regolato dai codici. Così ci sarà resa più agevole la via, che deve condurci all'esame della *recidiva* quale è stata considerata dal nostro legislatore, e delle questioni giuridiche non poche e non lievi, che si agitano nella dottrina e nella giurisprudenza.

PARTE PRIMA.

La recidiva nella storia e nella scienza

CAPO I.

La recidiva nella storia della legislazione penale.

§ 1.

Ci limitiamo a brevi cenni storici, perchè abbiamo sempre rite-
ıto e riteniamo ancora, non ostante gli sforzi fatti da alcuni ai
orni nostri per dimostrare la grande importanza scientifica degli
udi storici intorno ad alcune *specie* di *reati* e ad alcuni *istituti*
uridici penali, che le conoscenze storiche sulle legislazioni passate
oca utilità hanno per lo sviluppo delle scienze giuridiche (e lo stesso,
nostro giudizio, si può dire per tutte le scienze) e per le riforme
gislative. Esse non ad altro possono giovare che a farci consta-
ıre le diverse fasi evolutive attraverso le quali sono passate le
ottrine scientifiche e le norme legislative relative a taluni istituti
iuridici e di farci scoprire fino a certo punto le *cause* dello stato
elle legislazioni nel momento presente.

Ed è agevole comprendere ai nostri giorni la ragione di ciò. La
ienza moderna ha stabilito come principio fondamentale, che i fatti
mani sono effetti di determinate cause, e che il variare di essi nel
mpo e nello spazio è effetto del variare delle cause determinanti. E,
oichè il mutamento è legge universale e costante, e si appalesa nel
orso della vita delle generazioni umane sotto due forme caratteri-
tiche, il mutamento in *meglio* (*evoluzione* o *progresso*), ed il muta-
ıento in *peggio* (*involuzione* o *dissoluzione*), così anco nella storia
elle legislazioni ci è dato osservare momenti storici della vita dei
opoli, in cui vi è stato progresso legislativo, e momenti storici in
ui vi è stato regresso.

Se d'altra parte poniamo mente ai risultati degli studi di legis-
ızione comparata, constatiamo, che le varie fasi progressive e re-
ressive delle legislazioni dei popoli non presentano gli stessi carat-
eri: e che tuttavia, se si considera il movimento generale dell'Uma-

nità, si osserva attraverso le vicende progressive e regressive delle legislazioni un movimento sempre progressivo [1]).

Può sembrare strano che nella vita dei singoli popoli si constatino fasi *progressive* e fasi *regressive*, e nella vita dell'Umanità invece un moto sempre *progressivo:* ma chi ha approfondito la dottrina dell'*evoluzione* trova le ragioni dell'apparente contraddizione [2]). Certo è, ad ogni modo, che i due fattori ora cennati ci fanno indurre la esistenza di cause *costanti*, che agiscono sull'Umanità, e di cause molteplici *variabili.*

E ciò constatasi appunto nella storia delle legislazioni, manifestazioni del pensiero umano aventi per obbietto la determinazione di quelle norme di condotta, che si credono necessarie per la conservazione sociale. E prova eloquente di ciò ci sarà data dalla ricerca, che a luogo opportuno faremo, delle *cause* della *recidiva.*

Tali considerazioni abbiamo credute necessarie per mostrare, quali ragioni ci hanno indotto a dare *brevi* cenni storici intorno alla recidiva. Maggiore sarà la brevità per quelli, che si riferiscono alla recidiva considerata nei tempi antichi, minore per i cenni storici intorno alla recidiva qual è stata considerata in tempi a noi vicini e nelle legislazioni di popoli progrediti.

E si comprendono le ragioni della differenza espositiva. Mutano i *fattori* o le *cause* dell'evoluzione umana, ma gli effetti della loro azione si avverano lentamente; per poterne rilevare la diversità bisogna considerare lunghi periodi storici. Aggiungasi poi che su popoli vicini nel tempo o nello spazio l'azione dei fattori *evolutivi* è più omogenea; onde maggior utilità scientifica ha lo studio storico della vita legislativa di questi popoli. E di vero chi ricerca le cause della recidiva nei popoli di Europa osserva che la maggior parte di esse sono cause comuni, sebbene nei codici di questi popoli ci siano differenze, sia nel modo di concepire la recidiva, sia nel modo di regolarla.

§ 2.

Per non accrescere inutilmente (a nostro modo di pensare) la mole del lavoro non riportiamo qui le testuali disposizioni delle

---

[1]) Queste idee sono state ampiamente esposte nel nostro lavoro: *La lotta per il diritto e la evoluzione sociale*, Messina, 1903, ed. Trimarchi.

[2]) Vedi SPENCER, *Primi principii*, Bocca ed., Torino, 1901.

leggi dei popoli antichi, ma facciamo solo alcune riflessioni che crediamo opportune intorno ad esse [1].

La maggior parte delle leggi dei popoli antichi erano ispirate a credenze religiose e perciò il delitto era considerato come un' offesa principalmente contro gli Dei e secondariamente contro i consociati, e la pena o come mezzo di *espiazione* della colpa o come mezzo di *vendetta* pubblica e privata. Il delinquente era un nemico degli Dei e degli uomini, e di conseguenza bisognava combatterlo in tutti i modi ed occorrendo distruggerlo. Si comprende che con leggi penali atroci la ricaduta nel delitto non poteva essere tanto frequente, tanto più che per un buon numero di delitti era inflitta al colpevole la *pena capitale* o pene così gravi da porre il condannato, che aveva espiato la pena, in condizione di non potere nuocere (si ricordi la pena del *taglione*, ecc.).

E per quei reati, per i quali la recidiva era possibile, prevalse il concetto che il recidivo fosse un nemico ostinato contro gli Dei e contro la società e che quindi si dovesse distruggere, specialmente se colpevole di determinati delitti (fra questi prevalentemente i *furti*). Si legga il Capo XXVI del *Levitico*, e si troverà mirabilmente descritta la collera divina, minacciante la distruzione dell'uomo persistente nella malvagità.

Nella legislazione penale romana, sulla quale le credenze religiose ebbero minima influenza sino a che non si diffuse il Cristianesimo, e massima il principio *politico*, trovansi disposizioni varie, nelle quali si stabiliscono pene più gravi per coloro che ricadono nel delitto [2]. Dall'esame di quelle si possono dedurre le seguenti conseguenze: 1.° che non trovasi una esatta distinzione fra *recidiva, reiterazione* e *concorso* di reati; 2.° che la recidiva preveduta è quasi sempre la recidiva *specifica*, e di conseguenza non trovasi un principio generale intorno alla recidiva considerata come circostanza aggravante; 3.° che i reati, per i quali la recidiva ritenevasi circostanza aggravante, erano particolarmente preveduti [3]: 4.° che le due princi-

---

[1]) Del resto si possono consultare principalmente le seguenti opere: GAROFALO e CARELLI, *Dei recidivi e della recidiva* (in *Trattato di diritto penale*, edito dal COGLIOLO, vol. I, parte terza, pag. 783); MANZINI, *La recidiva nella Sociologia, nella legislazione*, ecc., pag. 125, Firenze, Cammelli, 1899.

[2]) Si consultino principalmente le seguenti leggi: l, 1, C. 10, XX; l. 1, D. 27, XIV; l. 13, D. 48, XIX; Vedi anco BONNEVILLE, *La recidiva*, pag. 155.

[3]) Infatti pene gravi erano comminate contro i recidivi *grassatori, concussori, subornatori di testimoni*, ecc. ecc. Per la più ampia esposizione della dottrina sulla recidiva in Diritto romano vedi FERRINI, *Esposizione storica*, ecc. *del diritto penale romano*, pag. 131, vol. I. di questa *Enciclopedia*.

pali ragioni, per le quali si giustificava il più severo trattamento dei recidivi, erano la insufficienza della pena precedentemente inflitta e la maggior perversità d'animo del colpevole [1]).

Nel Diritto ecclesiastico, costituito in base ai principî teologici ed a speciali credenze religiose, da principio si fece confusione tra *peccato* e *delitto*, più tardi si distinse l'uno dall'altro, come chiaramente si nota nelle opere di Tommaso d'Aquino, ma tuttavia anco sulla dottrina intorno al *delitto* influirono le credenze religiose, sicchè può dirsi che per taluni fatti la distinzione fra *delitto* e *peccato* fu puramente nominale. Comunque sia, è fuori dubbio, che in quel Diritto il concetto della *recidiva* fu più esattamente posto che non nel Diritto romano, e tanto della recidiva nel *delitto*, quanto della recidiva nel *peccato* [2]). E nel sistema repressivo del Concilio trentino, specialmente per talune trasgressioni (ad es., il *concubinato*, l'*abbandono* di residenza da parte dei vescovi, ecc.) si fece la distinzione fra ripetizione di trasgressione e recidiva, perchè si richiedeva per quest'ultima come condizione la *condanna*, ed inoltre si fece distinzione tra recidiva dopo la *condanna* semplicemente e recidiva dopo l'*espiazione* della pena [3]).

Nelle leggi barbariche la recidiva non è stata tenuta in considerazione, e solo nella legge penale di Carlo V (la Carolina) si contempla la recidiva per il furto.

È dopo il risorgimento degli studi di Diritto romano in Italia, che i giureconsulti pongono le basi di una dottrina scientifica della recidiva, alla quale intimamente si rannodano le diverse dottrine moderne intorno ad essa. Dalle leggi romane essi dedussero il principio, che la *consuetudo delinquendi* dovesse considerarsi come circostanza *aggravante* del delitto. Era massima ripetuta spesso dal Gotofredo, che *consuetudo delinquendi est circumstantia aggravandi delictum et delinquentem acrius puniendi.*

Su questa massima fu elevata la dottrina dei nostri giureconsulti pratici intorno alla *perseverantia* nel delitto, alla *geminatio* o *frequentatio delictorum* [4]).

---

[1]) Vedi GAROFALO e CARELLI, op. cit., pag. 795.

[2]) Ci sembra erronea quindi l'affermazione del MANZINI, che neppure il Diritto canonico ebbe un'esatta cognizione della recidiva e che confuse questa con la ripetizione (pag. 135).

[3]) Sess. XXV, *De reform.*, cap. XIV, § *quod si.*

[4]) Vedi specialmente: I. CLARI, *Prax. crim.*, § *furtum;* Prosp. FARINACCI, *Sur. rom. prax. et theor. crimin.* — *De delictis et poenis,* Lugduni, 1617.

Una chiara ed esatta esposizione della dottrina intorno alla *consuetudo delinquendi* secondo il pensiero di quei criminalisti è stata fatta dal Farinacio. Da essa si desume: 1.° che la recidiva da questi tenuta principalmente in considerazione fosse la recidiva *specifica,* perchè Farinacio scriveva, che *consuetudinis delinquendi praesumptio tantum in eodem genere vel simili; secus in diverso* [1]); 2.° che requisito necessario per la recidiva fosse la condanna e la punizione per uno o più delitti precedenti; e ciò affermiamo, perchè secondo alcuni giureconsulti per la recidiva si richiedevano due o tre condanne: 3.° che per dottrina di alcuni la recidiva era da escludersi qualora fossero trascorsi tre anni dalla precedente condanna; 4.° che i pratici facevano distinzione tra *consuetudo delinquendi,* che costituiva circostanza aggravante, e quella che non poteva ritenersi tale; infatti scriveva Farinacio: « *poena non potest augeri propter delinquendi consuetudinem nisi quis de primis delictis fuerit condemnatus et punitus, cum alias non possit dici incorrigibilis, secundum Herculan* » [2]).

Or da questo passo dell'illustre giureconsulto il Garofalo e il Carelli hanno dedotto che per i pratici la *consuetudo delinquendi* costituiva presunzione di *incorreggibilità.* Non sembra così al Manzini, il quale andando in cerca di occasioni per combattere i seguaci della scuola positiva, che gli fanno tanta ombra, afferma, che per la *consuetudo delinquendi* bastasse la prima recidiva, e per l'incorreggibilità la ripetizione o la *frequentia delictorum* [3]).

Noi crediamo, che questo scrittore interpreti inesattamente quel passo e faccia una grande confusione di idee, che non è nella dottrina dei pratici.

Infatti da quel passo risulta, che per la *consuetudo delinquendi* aumenta la pena, quando alcuno sia stato *condannato e punito* per precedenti delitti; che la *consuetudo delinquendi* in tal caso è propriamente *recidiva,* perchè è indice di *incorreggibilità.* Per loro, dunque, il recidivo, cioè, il condannato, e punito per uno o più reati che

---

[1]) Farinacio, op. cit., 9, XVIII, n. 23. Si è affermato da Garofalo (op. cit. pag. 814), che la *recidiva* dai pratici considerata sia stata la recidiva *generica.* La pensa diversamente il Manzini (op. cit., pag. 743) e cita il passo sopra ricordato del Farinacio. A noi sembra, che i pratici non abbiano avuto idee precise sulla distinzione di recidiva *generica* e *specifica,* come si può indurre anco dall'opinione del Farinacio espressa colle parole: *eodem genere vel simili.*

[2]) Farinacio, op. cit., 9, XXIII, n. 9.

[3]) Manzini, op. cit., pag. 143.

commette altri reati, è *incorreggibile,* e perciò a lui si aggrava la pena per questi ultimi [1]).

Gotofredo diceva che la *consuetudo delinquendi* e *circumstantia aggravandi delictum,* ed è sembrato a qualcuno che per i nostri pratici la recidiva fosse circostanza aggravante dell'*imputazione* e non della *pena.* La distinzione fu fatta dai criminalisti posteriori e, come si vedrà, diede e dà ancora luogo a discussioni.

A noi sembra che nelle dottrine di quei pratici la distinzione non si trovi, e l'espressione di Gotofredo — *circumstantia aggravandi* DELICTUM — è ambigua e si presterebbe a doppia interpretazione. Essi parlavano di *aumento* di *pena,* ma nel tempo stesso accennavano all'*incorreggibilità del delinquente.* Tuttavia crediamo, che se si va in fondo alla dottrina loro, si trova, che essi spesso accennano alla necessità che si tenga conto della *vita precedente* del delinquente nell'infliggere la pena, ed alla *consuetudo delinquendi* quale indice di perversità o di perseveranza nel mal fare. Onde, se vuolsi fare risalire a loro la distinzione fatta dai moderni criminalisti tra circostanza aggravante l'*imputazione* e circostanza aggravante la *pena,* bisogna ritenere piuttosto, che per essi la recidiva era circostanza aggravante l'imputazione.

L'aggravamento di pena a causa di recidiva non fu per quei giureconsulti *obbligatorio,* ma lasciato al prudente arbitrio del giudice: dottrina, che ai giorni nostri è stata accolta da illustri criminalisti, e che a noi sembra accettabile. Ma di ciò diremo a luogo opportuno.

Notiamo infine che, come per le leggi antiche, così per gli statuti italiani e per la dottrina dei nostri pratici, speciali aggravamenti di pena erano stabiliti per la recidiva nel *furto.*

Ed ora, volgendo il pensiero a quanto fin qui è stato detto, si rileva che fin da tempi antichissimi furono inflitte pene gravi ai recidivi in taluni delitti; che una dottrina di carattere scientifico non si ebbe intorno alla recidiva fino ai nostri criminalisti pratici; e che le dottrine moderne, e ciò sarà estesamente dimostrato fra breve, travano il loro addentellato nella dottrina di questi scrittori.

Nella maggior parte delle moderne legislazioni penali troviamo sanzionati alcuni principii sostenuti dai pratici, ma elaborati alla stregua di criteri più rigorosamente scientifici e coordinati a nuovi

---

[1]) I pratici usavano per indicare la recidiva varie espressioni: *consuetudo delinquendi, perseverantia in crimine,* ecc.; ma richiedevano per l'aggravamento di pena una condanna precedente.

principii desunti dai risultati degli studi intorno all'indole dei delinquenti ed alla natura dei delitti commessi.

§ 3.

Or per vedere quali siano questi principii giuridici, che i moderni legislatori più o meno concordemente hanno accolti, è necessità premettere alcune distinzioni che si sono fatte in dottrina intorno alla recidiva, e che segnano appunto la nuova fase evolutiva di questo istituto giuridico.

E prima di tutto notiamo che nelle legislazioni moderne per indicare la ricaduta nella delinquenza, da parte di chi è stato condannato per altro delitto, si adoperano espressioni determinate, che per lo più hanno comunanza di *radice.*Così nella legislazione francese è usata la voce *récidive,* nella spagnuola e portoghese l'altra *reincidencia,* nella rumena *recidiva,* nella tedesca *rückfall,* ecc. [1]). Ora tali espressioni ed altre somiglianti hanno un significato generale comune, che è quello di *ricaduta.*

Nel Diritto penale moderno poi la *recidiva* è distinta in varie specie:

1.° recidiva *vera,* cioè, la ricaduta nel delitto dopo la *espiazione* della pena per altro delitto;

2.° recidiva *finta* o ricaduta nel delitto dopo la *condanna* per altro delitto;

3.° recidiva *propria,* cioè, la ricaduta in delitto della stessa *natura* o dello stesso *genere,* e perciò è denominata anco recidiva *specifica;*

4.° recidiva *impropria,* cioè, la ricaduta in delitto di *genere* o di *natura* diversa, detta anco recidiva *generica.*

La valutazione di queste distinzioni presuppone che la recidiva si desuma *più* dal *delitto,* che dalla *pena* [2]). Essa nelle contingenze pratiche può dar luogo alle seguenti diverse combinazioni:

1.° recidiva *vera* e *propria;*

2.° recidiva *finta* ed *impropria;*

3.° recidiva *propria* e *finta;*

4.° recidiva *vera* ed *impropria* [3]).

---

[1]) Vedi ALIMENA, op. cit., pag. 591.

[2]) Vedi specialmente CARRARA, *Programma, parte gen.,* pag. 273 e *Cenni sulla recidiva,* op. cit., vol II.

[3]) L'esame critico di tali distinzioni sarà fatto a luogo opportuno.

Alcuni scrittori, rilevando l'importanza della *pluralità* delle ricadute nel significato sopra indicato, ammettono anco la cosidetta recidiva reiterata.

Vi sono scrittori poi, che hanno sostenuto, movendo dal principio che l'intervallo di tempo, trascorso tra la espiazione della pena o la estinzione della condanna e la ricaduta, ha molta importanza per giudicare dell'*indole* del delinquente recidivo, che una limitazione di tempo è necessaria, perchè si possa ritenere la recidiva circostanza aggravante. Diverse sono però le opinioni intorno alla determinazione concreta del *tempo,* che deve trascorrere tra l'espiazione della pena ed il nuovo reato, affinchè si possa alla ricaduta attribuire efficacia di circostanza aggravante.

Premesse queste brevi considerazioni intorno ad alcune dottrine che sono prevalse nella scienza del Diritto penale fino ai nostri giorni, ricordiamo che, se nelle antiche legislazioni il problema della recidiva fu posto come problema relativo a *taluni* reati, e specialmente al *furto,* col sorgere delle nuove legislazioni nel secolo XIX il problema della recidiva fu posto come un problema generale. E per questa ragione, come vedremo, sursero non pochi giuristi e pubblicisti a combattere i nuovi sistemi legislativi, ed il problema della recidiva divenne uno dei più controversi della scienza criminale.

Nel Codice francese del 1810 era riconosciuta solo la recidiva *generica* tranne per le *contravvenzioni,* per le quali era ammessa solo la recidiva *specifica* [1]). Colla legge del 26 marzo 1891 non fu mutato il sistema fondamentale di quel Codice, ma furono apportate le seguenti modificazioni:

1.° si è ammessa la recidiva *specifica,* ma solamente da *delitto* a *delitto* (art. 56 e seg.);

2.° per la recidiva *correzionale* si stabilisce il termine di cinque anni da trascorrere fra l'espiazione della pena o la prescrizione della condanna precedente ed il nuovo reato. Non è considerato come recidivo colui che condannato per delitto commetta un crimine [2]).

Esaminando i Codici posteriori a quello francese del 1810, si osserva che in alcuni si sono riprodotte disposizioni di leggi antiche o dottrine dei pratici (come, ad esempio, nel Codice montenegrino e

[1]) Esso subì modificazioni colle leggi del 1837 e 1852, ma di nessuna importanza per la recidiva. Speciale importanza invece hanno in materia di recidiva le leggi del 27 maggio 1885 e 26 marzo 1891.

[2]) Vedi specialmente GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français,* tomo II, pag. 180, Paris, 1888.

nel Codice serbo), in altri vi è imitazione del Codice francese (come, ad esempio, nel Codice belgico). Vi sono Codici poi, come il germanico, l'italiano, ecc., in cui si trovano disposizioni informate alle moderne dottrine scientifiche e che poco tra loro differiscono per i concetti fondamentali.

È opportuno tuttavia esporre con massima brevità i principii ammessi in queste legislazioni.

Nel Codice belgico è seguìto ancora il sistema del vecchio Codice francese ed è ammessa quindi la recidiva generica. La recidiva, trattandosi di *crimini*, non viene esclusa dalla prescrizione della condanna; il contrario è per i delitti e le contravvenzioni (art. 56, § 2). La recidiva non può verificarsi trascorsi cinque anni dall'espiazione della pena. L'aumento di pena per la recidiva è affidato all'arbitrio del magistrato (art. 54 e seguenti) [1].

Nel Codice olandese è contemplata solo la recidiva *specifica* ed è ristretta ai reati contro le *cose* (art. 421), a quelli di *oltraggio* contro la dignità del Sovrano, di *diffamazione* e di *stampa* (art. 423), ai reati contro i *poteri* dello Stato, contro la *pubblica tranquillità*, la *pubblica Autorità*, la *navigazione* e le *persone* (art. 422).

Come vedesi, la ricaduta è limitata ad alcuni reati omogenei per natura e per il fine. Si richiede per la recidiva, che la pena pel reato precedente sia scontata almeno in parte (art. 421). È stabilito il termine di cinque anni, oltre il quale non si ammette la recidiva, nel caso di prescrizione della prima condanna (art. 421); è detto poi espressamente che la grazia, la commutazione della pena, la riabilitazione, in seguito alla prima sentenza, non sono di ostacolo alla recidiva (art. 421).

Il Codice germanico circoscrive la recidiva ad alcuni reati specificatamente indicati (§ 244, 250, 252, 255, 261, 264). Richiede che la pena sia almeno parzialmente scontata per potersi ammettere la recidiva (§ 245), esclude le recidiva trascorsi dieci anni dall'espiazione della pena ed anco nel caso di prescrizione della prima condanna (§ 245). Come per il Codice olandese, così per il Codice germanico non sono di ostacolo alla recidiva la grazia, la riabilitazione, ecc.

Nel Codice austriaco è stabilito, che evvi recidiva quando si ricada nello stesso crimine, nello stesso delitto o nella stessa contravvenzione (§ 44, c. 363 l.). La recidiva in tali casi è considerata come

---

[1]) Nel 1890 fu presentato un progetto di riforma per una maggior repressione dei recidivi. Vedi NYPELS, *Le code pén. belge interprété*, I, Bruxelles, 1867.

circostanza aggravante, e come tale è sottoposta a tutte quelle norme che in quel Codice sono stabilite per le circostanze aggravanti.

Nel Codice spagnuolo è distinta la recidiva *generica* dalla recidiva *specifica* allo scopo di punire più gravemente quest'ultima (articolo 10, n. 17, 18). Nel caso in cui alcuno, dopo essere stato condannato almeno una volta, commette un reato compreso nello stesso titolo del Codice, può essere dichiarato recidivo solo quando la pena per il primo reato sia stata da lui scontata: negli altri casi non è necessaria la espiazione della pena [1]). La recidiva specifica riguarda i reati di furto, di truffa, indebita appropriazione, ecc. (art. 439, 459, 480, 500, ecc.).

Nel Codice russo si contempla la recidiva in generale senza che si faccia distinzione tra recidiva generica e recidiva specifica (c. 131, 132). È stabilito anche un termine, oltre il quale non si ammette la recidiva. Le recidive successive sono causé di maggior aggravamento di pena (c. 107). Non sono di ostacolo ad ammettere la recidiva la grazia, la riabilitazione, ecc. (c. 131) [2]).

Nelle leggi inglesi non trovansi regole generali intorno alla recidiva. Questa è prevista caso per caso e per alcuni determinati delitti. Norme speciali sono stabilite per le recidive nel *furto* (24 e 25 Vict. c. 96, § 7, 8, 9) [3]). Nel progetto del 1879 si era preferito stabilire una norma generale per la recidiva quale causa di aggravamento di pena, e poi norme speciali per la recidiva in talune specie di reati.

§ 4.

Con questi fugaci cenni intorno alle disposizioni di legge, che furono in vigore presso i popoli antichi e che sono in vigore presso i principali popoli d'Europa, abbiamo voluto mostrare quali modificazioni ha subìto la nozione della recidiva nel corso dei secoli e nella coscienza giuridica di popoli diversi per civiltà e per razza.

E difatti si è visto che la ricaduta nel delitto fu dapprima considerata circostanza di aumento più o meno grave della pena per le violazioni di alcune norme imposte dal potere politico ai consociati e riflettenti alcune relazioni sociali, cui si attribuì massima importanza, o nell'interesse degli individui o nell'interesse di alcune caste.

---

[1]) Pacheco, *El Codige penal concord.*, ecc., I, 238.

[2]) Con la legge del 1892 la recidiva è stata regolata con maggiore cura.

[3]) Stephen, *A digest of the criminal law*, p, 15, London, 1887.

e nei tempi moderni nell'interesse delle collettività. Ed in alcune legislazioni contemporanee si è conservato il concetto antico della *recidiva,* come, ad esempio, nella legislazione inglese.

L'evoluzione legislativa però si è verificata, nel senso che alla limitazione della recidiva ad *alcuni* reati della stessa *indole* si è sostituita la recidiva *generica* con modalità diverse, e a questa poi la recidiva *specifica* per lo più ristretta alla ricaduta in delitti della stessa indole.

In gran numero di legislazioni tuttavia coesistono le due forme di recidiva, la *generica* e la *specifica.* Evvi poi, come vedremo, una tendenza moderna a stabilire come criterio distintivo della recidiva *specifica* propria l'omogeneità del *movente* delittuoso.

Se, di conseguenza, facciamo una comparazione delle leggi moderne intorno alla recidiva, osserviamo una grande varietà di norme regolatrici, che tuttavia possono essere ridotte ad alcuni tipi o sistemi fondamentali, alla formazione dei quali non è stata forse estranea l'influenza *etnica.* E non erroneamente alcuni giuristi hanno distinto il sistema *francese,* il sistema *inglese,* il sistema *slavo,* ecc. [1]).

Ma per renderci completamente ragione della diversità delle disposizioni legislative generali intorno alla recidiva e dell'affinità rispetto a taluni Codici, non bisogna tener solamente conto della influenza *etnica,* ma è necessario ancora analizzare l'influenza di molti altri fattori d'indole diversa, e specialmente dell'*eredità storica* e dell'*imitazione.*

L'indole del presente lavoro non ci permette di fare quest'analisi, che propriamente è di spettanza della *Legislazione penale comparata.* Ma, dalla comparazione dei Codici sopra ricordati, a cui poi si collegano non pochi altri Codici stranieri, di cui non abbiamo potuto fare cenno per non accrescere la mole del lavoro, si può rilevare che l'affinità che si osserva in alcuni Codici è effetto per lo più o delle *tradizioni legislative* o dell'*imitazione.*

Per le ragioni anzidette non abbiamo fatto cenno delle diverse norme riferentisi ai *gradi* della recidiva nelle varie legislazioni, ed alle *pene* diverse minacciate. Non tralascieremo tuttavia nel corso del lavoro di ricordare, se sarà necessario, le disposizioni speciali di alcuni di quei Codici.

---

[1]) Vedi MANZINI, op. cit., pag. 404.

§ 5.

Non possiamo però prescindere dal fare un'ampia esposizione delle norme sancite per la recidiva nei Codici penali italiani aboliti e nei vari Progetti, allo scopo di delineare l'evoluzione legislativa della *recidiva* presso di noi. Tale esame potrà giovare molto per la interpretazione di talune disposizioni del Codice vigente e per risolvere alcune questioni che sogliono sorgere nella pratica giudiziaria; ma principalmente è utile per mostrare il progresso, che si è fatto nella nostra legislazione penale.

Incominciamo dal Codice penale *napoletano* del 1819.

Era considerato *recidivo* chiunque, dopo di essere stato condannato per un reato, commettesse altro reato: e ritenevasi *condannato* colui, contro il quale era stata profferita irrevocabilmente una pena, in modo che se ne rendesse legale l'esecuzione (art. 78). E, poichè quel Codice distingueva i reati in *misfatti, delitti* e *contravvenzioni* secondo che erano puniti con pene *criminali, correzionali* o con pene di *polizia*, così le specie fondamentali di recidiva contemplate erano: recidiva da *misfatto a misfatto*, da *delitto a delitto*, da *contravvenzione a contravvenzione*.

Era prevista poi in particolare la recidiva da *misfatto a delitto*, e stabilivasi che in tal caso si dovesse applicare al condannato il *maximum* della pena, e che anco questo si potesse *duplicare* (art. 82).

Non era stabilito alcun termine tra la prima condanna ed il nuovo reato, oltre il quale la recidiva non fosse ammissibile.

Notinsi poi i seguenti articoli:

1.° Art. 89: « Quando le amnistie aboliscono il procedimento, se colui che ne ha goduto, commette nuovi reati, sarà giudicato qual reiteratore ai termini degli articoli precedenti (cioè, di quelli che contemplavano la *reiterazione*), come se non avesse goduto dell'indulto.

« La stessa regola deve osservarsi nei casi, nei quali viene interrotto il procedimento per la rinunzia all'istanza della parte privata ».

2.° Art. 90: « La grazia del Principe, che commuta o condona una pena legalmente pronunziata, non toglie in colui che ne è favorito, il carattere di condannato per gli effetti della recidiva.

« L'aggraziato sarà tenuto anche alla condizione più severa degli effetti della recidiva, se mai tal condizione è apposta nella grazia ».

3.° Art. 91: « Qualunque disposizione sovrana che cancella un'azione dalla classe dei reati, e ne abolisce per regola generale la pena, toglie di diritto tutti gli effetti del procedimento e della condanna; e chi vi è favorito, benchè in seguito commetta un reato, non sarà riputato nè recidivo nè reiteratore ».

È facile vedere che per il Codice napoletano, per determinare la recidiva, si doveva considerare la natura dei reati commessi, e che per regola generale quella si applicava per i reati puniti collo stesso *genere di pena*. Non era ammessa la recidiva *specifica*, cioè, la ricaduta in reati della stessa indole, come circostanza aggravante, perchè si considerò da quel legislatore essere più perverso e più temibile colui, che è disposto a commettere qualsiasi reato, che chi è proclive a commettere reati di una data specie [1]).

Notisi poi, che non attribuivasi efficacia giuridica alcuna all'*indulto*, alla *grazia sovrana*, alla *prescrizione*, ecc., per escludere la recidiva: che anzi (disposizione degna di encomio) nella concessione di grazia poteva essere minacciato un trattamento più severo di quello stabilito contro i recidivi, per il caso che colui che aveva ottenuto la grazia, si fosse reso responsabile di altro reato.

Il Codice *parmense* del 1820 conteneva alcune disposizioni comuni o molto somiglianti a quelle del Codice napoletano, ma per altro fu inferiore a questo Codice. Era richiesto per la recidiva semplicemente, che la condanna per il precedente reato fosse passata in giudicato (art. 96). Erano contemplate quattro ipotesi di recidiva quasi ad imitazione del Codice napoletano, salvo la differenza nella durata delle pene. Ed anco differenza eravi per l'ipotesi di recidiva da *delitto* a *delitto*, perchè il Codice napoletano ammetteva questa specie di recidiva senza alcuna limitazione, e dava facoltà al magistrato di raddoppiare la pena normale, mentre, per il Codice parmense, perchè vi fosse recidiva da delitto a delitto, era necessario che per il primo delitto il colpevole avesse riportata condanna ad un anno almeno di prigionia, e non era permesso al magistrato di raddoppiare la pena stabilita per il secondo delitto.

Nel *Regolamento gregoriano* sui *delitti* e sulle *pene*, che entrò in vigore il 1.° novembre del 1832, trovansi poche disposizioni intorno alla recidiva. Esso contemplava la recidiva *specifica*, e richiedeva come condizione necessaria, perchè ci fosse *recidiva*, che il colpevole avesse espiato la pena del primo delitto (art. 21 e 22). Eranvi però

[1]) Vedi NICOLINI, *Le questioni di diritto*, seconda ediz., Napoli, 1890.

disposizioni particolari per coloro che, condannati per un delitto, fossero incorsi in altro delitto (art. 33, 34 e 35).

Quel regolamento, come vedesi, era stato modellato sui principii prevalsi nel Diritto ecclesiastico e nelle dottrine dei giureconsulti dell'età di mezzo.

Il Codice *estense* (1.° maggio 1856) richiedeva per la recidiva, a somiglianza del Codice napoletano e parmense, che la condanna per il primo delitto fosse divenuta irrevocabile; ma, come il Regolamento gregoriano, non riconosceva altra forma di recidiva, che la *specifica* (art. 76 e 80). Nell'art. 77 poi erano specificatamente determinati i delitti, che dovevansi considerare della stessa specie ai fini della recidiva. Era poi espressamente detto che la grazia e la prescrizione non erano di ostacolo all'aggravamento di pena per la recidiva.

Nel Codice *toscano,* che rimase in vigore fino alla promulgazione del nuovo Codice penale, consideravasi solamente la recidiva *specifica* e richiedevansi, perchè fosse ammessa, tre condizioni essenziali, cioè:

1.° che la pena precedente fosse stata interamente espiata, o che fosse stata condonata per grazia in tutto od anche in parte;

2.° che fra il termine dell'espiazione della pena ed il nuovo delitto non fossero decorsi dieci anni, se il delitto precedente era stato punito con la casa di forza, cinque anni se era stato punito con pena inferiore;

3.° che i reati fossero *dolosi* (art. 82 e 83).

Erano indicati i delitti della medesima specie, e nell'indicazione si rileva la stretta affinità colle disposizioni del Codice parmense.

Per l'art. 4 del *Regolamento di polizia punitiva* di giugno 1853, le norme della recidiva stabilite nel Codice erano state estese alle *trasgressioni.*

Per il Codice *italiano* del 1859 era considerato recidivo colui che, dopo essere stato condannato per un crimine o delitto con sentenza divenuta irrevocabile, avesse commesso altro crimine o delitto (articolo 118). Onde era ammessa la recidiva da *crimine* a *crimine,* da *crimine* a *delitto,* da *delitto* a *crimine,* ecc. Era ammessa la recidiva *contravvenzionale,* date le due seguenti condizioni:

1.° che dalla sentenza di condanna divenuta irrevocabile non fosse trascorso un anno al momento in cui si commetteva l'altra contravvenzione;

2.° che la nuova contravvenzione fosse stata commessa nel distretto della stessa provincia (art. 688).

La *prescrizione* non era di ostacolo per ammettere la recidiva. Relativamente agli *indulti* ed alla speciale *grazia sovrana,* nell'articolo 128, era espressamente detto, che coloro che di essi avevano goduto, sarebbero stati considerati come recidivi, se avessero commesso altri reati. Stabilivasi però una gravità diversa di pena secondo la *specie* della pena inflitta al colpevole per il precedente reato, e per il quale aveva goduto dell'indulto o della grazia. La *desistenza* della parte offesa era equiparata agli *indulti* sovrani quanto agli effetti della recidiva (art. 130).

Ed ora, facendo una comparazione fra le disposizioni degli aboliti Codici, osserviamo, che alcune somiglianze vi sono, ma che non mancano differenze di non lieve importanza. Un concetto prevalse, che non fosse necessaria la *espiazione* della pena, ma che bastasse che la sentenza fosse divenuta irrevocabile, perchè si ammettesse la recidiva. Infatti la espiazione della pena era richiesta solo dal Regolamento gregoriano e dal Codice toscano; e quest'ultimo equiparava all'*espiazione* il *condono* totale o parziale della pena per grazia.

Notisi poi che tre di quei Codici riconoscevano la recidiva *specifica* solamente, e gli altri tre la recidiva *generica.* Ciò mostra la divergenza di opinioni, che allora eravi nella dottrina.

Nella maggior parte di quei Codici non è stabilita alcuna indicazione di tempo per l'applicazione delle norme relative alla recidiva, salvo per le *contravvenzioni;* come anco per la maggior parte di essi la *prescrizione,* la *grazia,* gli *indulti,* ecc. non avevano alcuna efficacia giuridica agli effetti della recidiva.

§ 6.

Ed ora passiamo all'esame dei Progetti, che precedettero l'attuale Codice, per vedere la *nozione* della recidiva da essi accolta.

Nel primo Progetto De Falco (1866) era stata ammessa solamente la recidiva *finta* (art. 127), ma nel Progetto della Commissione, per l'influenza esercitata dal Carrara, fu sostituita la recidiva *vera* (articolo 73, § 1).

Nel Progetto del 1868 erasi riconosciuta come circostanza di aggravamento la recidiva *vera* e la recidiva *finta,* perchè per l'articolo 74 § 1, era punito più gravemente colui che tornava a delinquere dopo *aver scontata la pena* anteriore, e per l'art. 71, § 1, meno gravemente colui che tornava a delinquere dopo *essere stato*

condannato con *sentenza divenuta irrevocabile*. Così si era cercato di seguire una via media fra le opinioni allora contrastanti.

La seconda Commissione, nel Progetto del 1870, seguì lo stesso criterio; infatti nell'art. 65, § 1, era stata considerata come condizione solamente necessaria per la recidiva una condanna irrevocabile, e nell'art. 68, § 1 e 2, si attribuiva maggior gravità alla recidiva avvenuta dopo l'espiazione di una prima pena.

La distinzione scomparve nel Progetto De Falco del 1873, perchè fu eliminata la disposizione, che aggravava maggiormente la pena per la recidiva della seconda forma ora indicata; sicchè rimase la sola recidiva finta. Questo sistema fu mantenuto nello schema di Progetto del Vigliani (1874) e in quello senatorio del 1875.

La distinzione riapparisce nel Progetto della Camera dei deputati del 1877, poichè il Nocito fece osservare che maggior grado di pertinacia mostra chi torna a delinquere dopo avere espiato una prima pena; che quindi era necessità distinguere due gradi di aggravamento nella recidiva.

Questo sistema fu respinto dal Mancini, il quale osservava, nella sua *Relazione* sul Progetto, che nel recidivo non è la pena che per sè medesima si rivela insufficiente, ma è la rinnovata azione delittuosa che manifesta in lui malvagia e perniciosa persistenza nello sfregio della legge: notava inoltre, che il carattere di maggior pravità indubbiamente si presenta nel fatto di coloro che, ricadendo nel maleficio, dimostrano esser governati sempre dalla medesima rea passione, cui prima ubbidirono, ed in ciò consiste per la società il cresciuto pericolo, che volevasi combattere col minacciato aumento di repressione [1]). Onde per il Mancini la recidiva, che davvero meritava tal nome, e per la quale si può giustificare in tutti i casi l'esasperazione della pena, era la recidiva *specifica* e *finta*. E nell'art. 84 del suo Progetto stabiliva: « È recidivo colui che, dopo essere stato condannato per un crimine o delitto con sentenza divenuta irrevocabile, commette un altro crimine o delitto determinato dal medesimo pravo impulso ».

Ma la Commissione della Camera dei deputati sostituì nel suo controprogetto la recidiva *vera* (art. 75, § 1): ed il Pessina, che ne fu relatore, giustificava il mutamento, osservando che il maggior numero delle recidive è piuttosto effetto della mancanza di alcune istituzioni sociali, che della pravità maggiore, che per convenziona-

---

1) *Relazione minist.*, pag. 249, Roma, 1877.

lismo si attribuisce al delinquente; ed inoltre notava che solo quando la pena è stata scontata e il condannato ricade nel delitto, la società può dire di aver fatto esperimento della poca efficacia della pena su di lui.

Questo sistema fu seguìto nello schema di Progetto Zanardelli-Savelli del 1883, perchè nell'art. 70 di questo si considerava come recidiva la ricaduta, dopo la *espiazione di pena* per un delitto, in altro delitto, per il quale fosse stata violata la *stessa disposizione di legge penale* o che fosse stato determinato da un *intento della medesima natura.* Fu mantenuto anco nel Progetto Pessina del 1885 ed in quello del Taiani del 1886.

Nell'ultimo Progetto ritornavasi al sistema della recidiva *finta,* cioè, si ammetteva la recidiva soltanto nel caso di avvenuta *espiazione* della pena per altro delitto. Ciò era in opposizione alla nozione della recidiva data nel primo Progetto dello stesso on. Zanardelli, il quale però si giustificò col dire che, se nel Progetto da lui lasciato in corso di studio nel 1883 si era conservata la recidiva *vera,* vi era stato indotto dal proposito di non recare allo schema della Camera, di cui sopra abbiamo fatto cenno, sostanziali mutamenti fuori di quelli che si riferivano al sistema penale. Or, secondo il Relatore dell'ultimo Progetto, la recidiva non è circostanza aggravante la *pena,* ma il *reato;* onde a costituirla non è necessario che la pena inflitta con la precedente condanna sia stata scontata.

Fu accolta dalle Camere la proposta del Ministro. Solo nella Commissione senatoriale si sollevò il quesito se si doveva ritener più grave la recidiva, nel caso in cui il condannato avesse sperimentato il rigore della prima pena; ma la Commissione non credette fare distinzione alcuna, perchè ritenne che tanto in questo caso quanto nell'altro della ricaduta dopo la sentenza di condanna evvi il disprezzo all'autorità della legge. Nel seno però della Commissione reale di revisione si propose che fosse introdotta la distinzione dei due casi di recidiva dal Faranda e dal Nocito, il quale, come già si è detto, aveva fatto analoga proposta quando fu formulato il Progetto della Camera dei deputati del 1877. Furono favorevoli dapprima il Tolomei ed il Brusa; ma la proposta fu respinta dopo le dichiarazioni fatte dal Lucchini, dall'Auriti e dal Calenda.

Ecco le fasi diverse attraversate nei Progetti dalla questione se condizione essenziale per la recidiva si dovesse ritenere la *espiazione* della pena per precedente delitto o fosse sufficiente una *condanna irrevocabile.*

§ 7.

Esaminiamo ora le diverse proposte fattesi nei vari Progetti per determinare la nozione della recidiva sotto un altro aspetto considerata, se, cioè, occorra o meno che il nuovo reato sia della stessa specie di quello per il quale ebbe luogo la precedente condanna.

Nel Progetto De Falco del 1866 circostanza aggravante era stata solamente riconosciuta la recidiva *generica* (art. 127). Anco nel Progetto della prima Commissione del 1867 fu accolto lo stesso principio (art. 73, § 1): ma in quello del 1868 fu ammessa la recidiva *specifica,* e nell'art. 71, § 1 e 2, si consideravano come reati della stessa specie quelli che si trovavano collocati nel medesimo *Titolo del Codice.*

La Commissione seconda, che esaminò quest'ultimo Progetto e poi formulò quello del 1870, accolse la recidiva *specifica,* ma stabilì, che reati della *stessa specie* si dovessero ritenere non solo quelli compresi in uno stesso *Capo* del Codice od in uno stesso *Titolo* non suddiviso in *Capi,* ma anco quelli riuniti in alcuni *gruppi* speciali, formati in base ad una indagine sulla loro essenza e sui loro comuni moventi (art. 65, § 2). Ma nel Progetto De Falco del 1873 fu eliminata la recidiva *specifica,* e rimessa quella *generica;* modificazione, che fu conservata nel Progetto Vigliani del 1874 ed in quello senatorio del 1875.

Nel Progetto Mancini riapparve la recidiva *specifica,* e si addusse per ragione scientifica, che il maggiore pericolo per la società proviene da parte di coloro, che ricadendo nel delitto sono trascinati sempre dalla stessa *rea passione.* E nell'art. 84, § 1, si considerava *recidiva,* agli effetti di aggravamento di pena, la ricaduta in un crimine o delitto determinato dal *medesimo pravo impulso.* E per *impulso analogo* intendeva il Mancini quel *nesso,* che legava la prima alla seconda delinquenza.

Nel Progetto Zanardelli-Savelli del 1883 fu riconosciuta anco la recidiva *specifica,* ma si faceva consistere nella ricaduta in un nuovo delitto, che violasse la *medesima disposizione* di legge penale o che fosse determinato da un *intento della medesima natura.* Così alla espressione *pravo impulso* si sostituiva l'altra *intento* (art. 70). Nel Controprogetto della Commissione si ritornò al concetto del Mancini, richiedendosi per la recidiva l'*identità* od *omogeneità* di *impulso.*

E tale criterio fu accolto nel Progetto del Pessina, in quello del Taiani e del Zanardelli del 1887. E quest'ultimo dichiarava nella sua

Relazione che si era attenuto al sistema della recidiva *specifica* indotto dagli ultimi studi e dall'indirizzo prevalente nella dottrina e nelle legislazioni, e sopra tutto dalla considerazione, che « il ricadere nella stessa specie di reati denota il carattere del reo e lo rende particolarmente meritevole di più intensa pena ».

Per determinare l'*omogeneità* dei reati si tenne conto della natura di questi, alla quale suole corrispondere l'indole dell'impulso e del reo. Si ritenevano reati della *stessa specie* quelli della stessa *indole* (art. 75) ed erano raggruppati in sette categorie. In ciascuna di queste erano collocati reati contemplati in *titoli* diversi del Codice; ma che furono ritenuti *omogenei* per l'indole dell'*impulso,* che li suole determinare. Con tale sistema la determinazione dell'*omogeneità* dei reati fu sottratta all'arbitrio del giudice.

La Commissione della Camera dei deputati credette che non dovesse passare inosservato il fatto della recidiva in reati di *genere diverso,* e propose inoltre che si considerasse come circostanza aggravante anco la seconda recidiva *generica.* La proposta fu nella Camera dei deputati, durante la discussione del Progetto, sostenuta da illustri giuristi, dal Ferri, dal Rosano, dal Napodano, ecc. E l'on. Zanardelli dichiarò di volere accogliere la proposta a condizione, che fosse punita più gravemente la recidiva *specifica* nei casi indicati dal Progetto. Anco la Camera del Senato fu favorevole alla proposta, onde tanto la Commissione reale per la revisione del Progetto discusso quanto il Ministro furono concordi nel formulare l'articolo 80, di cui dovremo ampiamente trattare.

La disposizione poi del Progetto, che contemplava la recidiva *specifica* (art. 75) subì parecchie modificazioni, di cui a luogo opportuno diremo. È da notarsi qui che il criterio puro e semplice dell'*omogeneità* dell'impulso fu abbandonato, perchè nell'art. 82 del Codice furono considerati reati della *stessa indole* non solo quelli che violano una *stessa disposizione* di legge, ma anco quelli preveduti in uno stesso *Capo* del Codice e quelli altri che sono particolarmente nello stesso articolo indicati.

§ 8.

Per esporre completamente le fasi evolutive della *nozione* della recidiva nei diversi Progetti bisogna esaminare ancora quale importanza siasi data, agli effetti della recidiva, al *tempo* trascorso tra i due reati.

Secondo il Progetto De Falco del 1866 non si incorreva più nell'aggravante della recidiva, qualora fossero trascorsi dieci anni tra il primo ed il secondo reato per le pene *criminali,* cinque per le pene *correzionali,* e tre per le pene di *polizia.* Nel Controprogetto della Sottocommissione furono eliminate tali distinzioni e si era stabilito un unico elasso di tempo, quello di dieci anni, per qualsiasi reato e per qualsiasi pena.

Nel Progetto della prima Commissione del 1867 fu mantenuto questo termine, ma sul parere dato dal Carrara, si aggiunse che tale termine non dovesse oltrepassare mai quello necessario a prescrivere la pena precedente, e si escludesse l'aggravante della recidiva nei casi di pene brevi già espiate (art. 74, 1.° com., art. 75, com. 2.°). Accolsero questo criterio lo schema di Progetto del 1868 (art. 72, § 1 e 2) ed il Progetto del 1870 (art. 66, § 1 e 2).

Nel secondo Progetto De Falco si riprodussero le stesse disposizioni del primo; ma nel successivo Progetto Vigliani ed in quello senatorio il termine fu equiparato al tempo necessario per la *prescrizione* della pena.

Il Mancini, che presiedette la Commissione del 1876, propose che il termine per la *recidiva* fosse minore di quello della *prescrizione,* e quindi fu modificato l'art. 87, § 2, n. 3, del Progetto senatorio, e stabilito il termine di dieci anni per le pene criminali e cinque per quelle correzionali. Lo stesso criterio adottò egli nel suo Progetto (art. 84, § 2, n. 4), e fu seguìto anco nel Progetto del 1877.

Nel Progetto Zanardelli-Savelli si modificarono alquanto le disposizioni dei precedenti Progetti, poichè si stabilì un termine di anni cinque, se la pena del precedente reato fosse stata la detenzione o la multa, di dieci anni in tutti gli altri casi (art. 70). Nel Progetto Taiani si conservarono i termini ora indicati, ma l'applicazione dell'uno e dell'altro fu subordinata all'indole del reato (*crimine* o *delitto*), di cui si era espiata la pena.

Nell'ultimo Progetto si stabilì come termine per escludere l'aggravante quello della *prescrizione della condanna,* da dovere decorrere dal giorno in cui essa era divenuta irrevocabile (art. 75). Ma, come vedremo, questo articolo subì alcune importanti modificazioni in seguito alle discussioni parlamentari.

§ 9.

Se ora diamo uno sguardo complessivo ai tre aspetti principali, sotto i quali nei Progetti fu considerata e determinata la *nozione* della recidiva, rileviamo:

1.° che in alcuni di essi era stata accolta la recidiva *finta,* in altri la *vera,* ed in qualcuno di essi l'una e l'altra specie (Progetto del 1868);

2.° che nei Progetti, che furono presentati dal 1866 fino al 1875, prevalse il sistema della recidiva *impropria* o *generica,* nei posteriori quello della recidiva *propria* o *specifica;*

3.° che rispetto alla *durata* dello stato di recidività in tutti i Progetti fu ammesso un termine per la purgazione della recidiva, ma variabili furono i criteri nello stabilire questo termine; prevalente però fu quello di porre un termine diverso dal termine stabilito per la *prescrizione* e di non tener conto del decorso del termine, qualora non fosse stata *espiata* la pena o la condanna non fosse *estinta.*

CAPO II.

Evoluzione scientifica della nozione di recidiva

§ 1.

Nelle leggi antiche l'aggravamento di pena per la recidiva in taluni delitti si può considerare come effetto di energica reazione della coscienza irriflessa di quei Capi religiosi e politici che imponevano leggi ai popoli loro soggetti. E diciamo coscienza irriflessa, perchè *istintiva* e modificata solo dall'influenza di pregiudizi religiosi o politici.

Anche in Grecia, dove il pensiero filosofico giunse al massimo sviluppo, le idee intorno alla recidiva non ebbero un contenuto veramente scientifico, perchè non furono che una deduzione incompleta di premesse filosofiche astratte. Difatti si ricordano dagli storici della filosofia la dottrina di Platone e qualche accenno fatto da Aristotele alla condizione morale od alla responsabilità di colui che ricadeva nel maleficio. Per Platone i delitti sono effetto di *malattia* dell'anima, e specialmente dell'*ignoranza,* e le pene mezzi efficaci per

guarirle o, come egli dice, *medicine* delle infermità morali; e, se vi sono alcuni che ricadono più volte nel delitto, segno è, secondo quel filosofo, che la loro *infermità* è *inguaribile*, e di conseguenza non rimane altro mezzo che quello di sopprimerli, perchè così solo si può recare utilità ai cittadini [1]).

Nelle dottrine dei giureconsulti romani e nelle leggi romane si trovano formulati alcuni principii e norme intorno alla recidiva. Si rilevano però evidentemente, come già abbiamo detto, le due ragioni giustificative dell'inasprimento di pena per la ricaduta in taluni reati, cioè, la *insufficienza* della pena precedente e la maggiore perversità del colpevole. Le quali ragioni furono accolte e dagli scrittori ecclesiastici, che nel medio evo trattarono della punizione dei delinquenti, e dai giureconsulti pratici.

Queste ragioni prevalsero fino ai nostri giorni, perchè sono anche accolte da non pochi cultori del Diritto penale.

Ma nella seconda metà del secolo XVIII, epoca che segna il periodo di risorgimento della scienza del Diritto penale in Italia, le comuni dottrine intorno ai *delitti* ed alle *pene* furono sottoposte a rigorosa critica e fin d'allora fu anco oggetto di esame la recidiva. E vennero fuori dottrine varie, dapprima di poco divergenti fra loro, ma più tardi contrastanti ed in perfetta opposizione. E ciò è stato effetto dello sviluppo non solo della scienza del Diritto penale, ma anco di parecchie altre scienze, che con questa hanno intimo rapporto: è stato effetto delle investigazioni profonde della scienza intorno ai fenomeni della vita sociale, e specialmente della ricerca della causale di questi fenomeni, fra i quali la *recidiva* non è certamente di lieve importanza.

E le discussioni agitatesi sono state di natura diversa, secondo i diversi punti di vista, dai quali la recidiva è stata considerata: punti di vista certamente molteplici e complessi, che hanno dato origine a *teorie* diverse, sulle quali poi si è cercato elevare una teorica generale della recidiva.

I principii fondamentali di questa teorica non sono gli stessi per tutti gli scrittori; ma, a parte le esagerate dottrine di alcuni, può dirsi che nella scienza criminale moderna evvi un nucleo di idee comuni, che è base di quella teorica.

È necessità, trattandosi di argomento tanto grave e che dà luogo

---

[1]) PLATONE, *Delle leggi*, libro V; ARISTOTELE accenna alla recidiva nella sua *Retorica*, libro I, 14.

a tanti problemi d'indole diversa, che richiedono una risoluzione non solo nell'interesse dei recidivi, ma anche in quello prevalente della società, esporre le più importanti dottrine intorno alla recidiva.

Tenuto conto dei caratteri differenziali di queste dottrine, potrebbe forse tentarsi una classificazione, che renderebbe più agevole la determinazione delle correnti scientifiche o tendenze diverse manifestatesi nel passato e nel momento attuale, tanto nella scienza del Diritto penale, quanto in quella penitenziaria, che alla prima è legata da vincolo necessario.

Ma a voler tentare tale classificazione, non si debbono considerare le dottrine attinenti a questioni, che sono di importanza secondaria, sebbene gravi. Bisogna solo esaminare quelle, che si riferiscono al puro e semplice *concetto* giuridico della recidiva.

Ed allora ci si presentano dinanzi due tendenze scientifiche opposte, che hanno dato come risultato due ordini di dottrine opposte anch'esse intorno alla recidiva, cioè: 1.° dottrine, colle quali si sostiene, che la recidiva deve essere considerata come *circostanza aggravante:* 2.° dottrine, colle quali si è cercato dimostrare il contrario: e fra queste va compresa anco la dottrina di quei pochi, che hanno sostenuto, che la recidiva non solo non possa considerarsi circostanza *aggravante,* ma che invece si debba considerare circostanza *attenuante.*

Incominciamo dall'esame di queste ultime.

§ 2.

Si è sostenuto con argomenti diversi da non pochi scrittori, che la recidiva non si debba considerare circostanza aggravante, nè della *pena,* nè dell'*imputazione.* Gli argomenti più importanti sono i seguenti:

1.° che, se nel giudicare i successivi reati commessi da un individuo, si tiene conto del primo per aggravare la responsabilità di lui, si viola il principio giuridico del non *bis in idem* e nel tempo stesso il principio di giustizia, che impone che ciascun reato sia punito con la pena, che per esso è stata stabilita [1]);

2.° che la recidiva non aumenta nè il *danno materiale,* nè il *danno morale* o *politico* del reato, perchè, se la pena stabilita dalla legge inflitta per il primo delitto era per sè sufficiente ostacolo po-

---

[1]) È l'argomento messo innanzi da CARNOT, *Comm.*, I, pag. 162; GESTERDING (in *Archivio del dir. crim.*, t. V, pag. 481.

litico contro di esso, la ricaduta si deve attribuire a calcoli erronei del delinquente; se poi era insufficiente, non è giusto che si esasperi la pena per la recidiva, ma è dovere del legislatore di stabilire una pena più grave [1]);

3.° che, tenendo conto del primo reato nell'infliggere la pena per il secondo, si esce dal campo del Diritto penale e si invade quello della morale, perchè non si giudica più la manifestazione speciale e concreta della volontà criminosa, ma si vuol penetrare nella coscienza del delinquente per scrutarne la intima sua natura e punirlo non per quel che ha fatto, ma per quello che si presuppone potrebbe fare [2]);

4.° che è ingiusto punire più gravemente il recidivo, perchè la recidiva è conseguenza di cause sociali diverse, cioè della pessima organizzazione delle carceri, della cattiva amministrazione della giustizia, del triste stato economico sociale, dei difetti nella stessa legislazione penale, ecc., sicchè la società, che aggrava la pena al recidivo, non fa altro che punire le proprie colpe, o, meglio fa espiare al delinquente i propri errori [3]);

5.° che nessun *nesso* evvi tra il primo ed il secondo reato, e che al più può trovarsi un rapporto puramente *ideologico*, che non può aver alcuna influenza giuridica sulla pena da dovere infliggere per il secondo reato [4]);

6.° che la recidiva è un fatto grave, che deve tenersi in considerazione, non per stabilire per essa un inutile ed ingiusto aggravamento di pena, ma per trovare quei provvedimenti che sono efficaci per combatterla nelle cause che la producono [5]).

---

[1]) CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. I, III, c. XI: seguìto dal GIULIANI, il quale però nella conclusione osserva, che se potesse l'aggravamento di pena applicarsi senza offesa della giustizia, la teoria della recidiva dovrebbe nella sua applicazione essere limitata (*Istituz. di dir. crim.*, Capo V, § 9).

[2]) È con parole diverse l'argomentazione di ALAUZET, *Essai sur les peines*, ecc., 1863; TISSOT, *Le droit pénal étudié dans les princ.;* MERKEL, *Handbuch des deutsch. Strafr.* di Holtzendorff, II, pag. 569,

[3]) KÖSTLIN, *System des deutschen Strafr.*, pag. 622; anche TISSOT, op. citata: ORANO, *La recidiva nei reati*, Roma, 1383.

[4]) BUCCELLATI, *Istituz. di dir. pen.*, § 436.

[5]) Lo stesso BUCCELLATI, ed inoltre BRAUER (in *Gerichtssaal*, pag. 375, 1859). Vediamo che ai giorni nostri la recidiva è divenuta argomento principale di studio delle *discipline carcerarie* e dell'*antropologia* e *sociologia criminale*. Vedi D'OLIVECRONA, *Des causes de la récidive*, ecc.; BRUSA, *Quale sarebbe il miglior mezzo per combattere la recidiva?*; HAMEL, *Quelles sont les defectuosités du système, etc. pour combattre la récidive?* (in *Union intern. de droit pén.*, an. I, pag. 92); dello stesso altra Relazione al *Congrès pénit. de Rome* (in *Actes*, ecc.).

Sono queste le argomentazioni più importanti di quegli scrittori, i quali sostengono, che la recidiva non debba considerarsi come circostanza aggravante.

Ma quelle argomentazioni sono state oggetto di profonda critica non solo da parte di coloro, che credono che la recidiva in tesi generale debba considerarsi come una circostanza aggravante, salvo ad essere regolata in modo migliore, ma anco da parte di quegli altri, non pochi ai nostri giorni, che sostengono che la recidiva deve essere combattuta con provvedimenti ben diversi da quelli che sono sanciti nella maggior parte delle legislazioni.

E si è detto infatti: 1.° che non è esatto invocare la massima del *non bis in idem* per combattere la teorica giuridica della recidiva, perchè nel giudicare i reati successivi commessi da un individuo già condannato non si chiede in realtà conto del primo reato, ma degli altri, i quali rivelano non solo la depravazione morale, ma anco la pericolosità di lui, e che di conseguenza coll'aggravare la pena per gli ultimi reati, la società mira a premunirsi ancor meglio contro ulteriori attentati del delinquente [1];

2.° che la ricaduta dopo la pena espiata, o dopo la condanna, mostra, che la pena *ordinaria*, sebbene per la comune degli uomini sia sufficiente e come *pena* e come *difesa*, non è sufficiente nè come pena nè come difesa diretta in faccia alla natura eccezionalmente insensibile del recidivo [2];

3.° che la perseveranza nel delinquere accresce non solo la forza *morale soggettiva*, ma anco la *forza morale oggettiva*, perchè le ripetute infrazioni del diritto diminuiscono la fiducia nella sicurezza generale e dànno motivo a supporre, che il nuovo delitto non sia l'ultimo [3];

4.° che coll'aggravare la pena per il recidivo non si esce dal campo del diritto, perchè l'aggravante è il riempitivo necessario a ridurre l'eguaglianza fra i diritti dei colpevoli, che per la loro educazione e per altre cause difficili a scoprirsi, come a definirsi, avrebbero deluso la società nell'attuazione della tutela giuridica; che anzi,

---

[1]) ROSSI, *Trattato di diritto penale*, lib. III, c. IV; BERNER, *Lehrbuch*, ecc., § 164; CHAUVEAU et HÉLIE, *Teorica del Cod. pen.*, c. IX; TUOZZI, *Corso di dir. pen.*, vol. I, pag. 359; IMPALLOMENI, *Concorso reale e formale*, pag. 103; BRUSA, *Studi sulla recidiva*, pag. 32; MANZINI, op. cit., pag. 417; FARANDA, *Osservazioni sui prog. di Cod. pen. it.*, pag. 18.

[2]) Vedi ELLERO cit. dal CARRARA in *Progr. di dir. crim., part. gen.*, vol. II, pag. 972; CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva* (in *Opuscoli*).

[3]) CARRARA, loc. cit.; seguito dal MANZINI, op. cit., pag. 418.

a dire il vero, non è una vera aggravante l'aggiunta che si fa alla pena ordinaria a causa di recidiva, ma è in sostanza una *parificante*, una *unificante* delle condizioni personali dei rei in faccia alla legge [1];

5.° che, ammesso che una parte di colpa spetti al potere sociale nella ripetizione del delitto, non perciò è minore il bisogno della difesa contro i malfattori; il torto della società non deve riescire di scusa a coloro che sono disposti ad infrangere il diritto [2]).

§ 3.

Dal confronto delle argomentazioni a favore e contro la dottrina che considera la recidiva come *circostanza aggravante*, si può rilevare quante difficoltà si siano presentate e si presentano ancora a chi considera la recidiva o da un punto di vista strettamente *giuridico* senza tener conto delle cause diverse, che determinano la ricaduta nella delinquenza, oppure da un punto di vista *astratto* o *metafisico*. La *recidiva* è un fenomeno anormale e talora morboso della vita sociale, e molto complesso, perchè determinato da cause varie: onde le dottrine diverse intorno alla recidiva, sieno favorevoli, sieno contrarie all'aggravamento della pena, contengono in generale un elemento di vero, ma sono, separatamente considerate, insufficienti a dare una risoluzione al problema, se la recidiva debba o no considerarsi circostanza aggravante ed in quali limiti la si debba come tale considerare.

Nè può d'altra parte dirsi che i due ordini di ragioni sopra esposte esauriscano la dimostrazione o favorevole o contraria della tesi proposta.

E difatti accanto a coloro, che negano che la recidiva si possa considerare come circostanza *aggravante* vi sono quegli altri, che sostengono che essa piuttosto debba considerarsi una circostanza *diminuente* la pena o la responsabilità.

Non accenniamo a quei casi, in cui la ricaduta nel delitto è effetto di una *tendenza morbosa*, sia che quella si presenti colla forma di recidiva *generica* o coll'altra di recidiva *specifica*, perchè allora per comune dottrina, non evvi responsabilità *penale*. E notiamo, che per la ricaduta nella delinquenza di individui di mente *sana* si è

---

[1]) BRUSA, *Studi* cit., pag. 18, 53.

[2]) IMPALLOMENI, *La recidiva secondo il Cod. pen. it.*, (in *Riv. pen.*, serie 2.ª 10, pag. 225).

osservato, che l'*abitudine* è circostanza che limita il *libero volere*, perchè alla *volontà* si sostituisce l'impulso *riflesso* o *automatico*, e che di conseguenza l'imputabilità deve diminuire col rafforzarsi dell'*abitudine* a delinquere [1]).

Può sembrare strano, che l'*abitudine* sia stata valutata con criteri opposti nella scienza del diritto, che, cioè, per alcuni scrittori essa serva di base alla negazione della ragione di accrescere la pena e per altri all'affermazione della ragione di aggravarla.

Crede il Brusa, che meno torto ebbero i primi, e, a nostro giudizio, furono logici nel sistema delle loro dottrine, perchè se la responsabilità penale va misurata alla stregua dei gradi diversi del *dolo* o della *forza morale soggettiva*, come si sostiene da quegli scrittori, certamente l'*abitudine* è circostanza che tale forza indubbiamente attenua. Ma non ci occupiamo di tali disquisizioni divenute oramai inutili, e notiamo solo che contro la dottrina di coloro, che vollero attribuire alla recidiva valore di circostanza *diminuente* la pena o la responsabilità fu opposto che l' *abitudine* è *effetto* della minore efficacia relativa della pena: donde la ragione di aggravare la pena nei casi di recidiva [2]).

Non neghiamo del tutto la verità di tale osservazione, ma consideriamo, che questa minore efficacia relativa della pena in taluni casi è effetto della *natura del delinquente*, e che di conseguenza l'*abitudine* allora è indice dell'adattamento dell'individuo alla delinquenza, sicchè il semplice aggravamento di pena non è mezzo sicuro di tutela sociale. Ma di ciò diremo ampiamente in miglior luogo.

§ 4.

All'indirizzo scientifico tendente ad escludere la recidiva dal numero delle circostanze aggravanti è correlativo l'altro tendente al fine opposto. I seguaci però di quest'ultimo non convengono intieramente nello stesso ordine d'idee. Sonvi tra loro divergenze, che, se a qualcuno sono sembrate lievi, a chi diligentemente le scruta debbono apparire abbastanza gravi, sia per il valore giuridico diverso

---

[1]) Vedi KLEINSCHROD, *System. Entwickelung*, ecc., vol. I, pag. 138, seguito da pochi. HÄLSCHNER, che pur ammette la recidiva come circostanza aggravante, crede tuttavia che quando trattasi di *abitudine* a delinquere la *colpa* si sostituisca al *dolo* (*Deutsch. Strafrecht*, I, pag. 538).

[2]) Vedi anco BRUSA, op. cit., pag. 36.

delle premesse da cui quegli scrittori muovono, sia per le conseguenze giuridiche che ne derivano.

Si afferma infatti da alcuni criminalisti che la recidiva dall'un canto accusa il delinquente di una grande perversità morale, e dall'altro rivela alla società un agente assai pericoloso [1]: che la recidiva dimostra l'insufficienza relativa della prima pena [2]; che essa è da considerarsi come una delle cause intrinseche di modificare la pena per l'eccezionale insensibilità del delinquente [3].

È facile scorgere che le ragioni principali addotte da questi scrittori sono due: *l'insufficienza relativa* della pena, la maggior *temibilità* del delinquente. Sono le due ragioni che, come si è visto, erano state messe innanti dai giureconsulti romani per giustificare la più grave punizione dei recidivi in taluni reati, e che dai criminalisti posteriori furono accolte per giustificare l'aumento di pena per qualsiasi specie di recidiva.

Sembra però ad altri giuristi che la recidiva non si possa ritenere come costante argomento di maggior perversità del delinquente, nè come costante rivelazione di pericolosità, perchè segnatamente in reati di genere diverso, che mettono radice in diversi impulsi, le cause prossime del delinquere, le occasioni e spesso la degradazione in che cade il condannato dopo aver subìto la pena concorrono ad ingenerare la caduta nel delitto [4].

Credono quindi alcuni propugnatori di questa dottrina che l'aggravamento di pena non debba essere obbligatorio, ma *facoltativo* [5].

Evvi poi altra schiera di giuristi, che riconosce solo la legittimità di aggravamento di pena, quando trattasi di recidiva in *determinati reati*, specialmente nei reati contro la *proprietà* o in alcune specie di delitti. Questa dottrina è uno sviluppo di antiche idee e delle idee prevalse nel Diritto romano e nel medioevale.

Diverse sono però le opinioni degli scrittori intorno alle specie di reati, per le quali la recidiva dovrebbe considerarsi circostanza aggravante. Infatti alcuni di loro, movendo dalla considerazione che nel recidivo non è la pena, che per sè medesima si è rivelata insufficiente, ma è la rinnovata azione delittuosa che rivela la persistenza nel delinquere, sostengono che questo carattere di maggiore

---

1) ROSSI, op. cit.

2) ELLERO, *Opuscoli*, XII.

3) CARRARA, op. cit.; BRUSA, op. cit.; CANONICO, op. cit.

4) PESSINA, *Elementi*, vol. I, pag. 304.

5) Vedi specialmente HAUS, *Corso di dir. pen.*, pag. 358.

gravità si presenta in coloro, che sono governati sempre dalla medesima passione. Donde la conseguenza che la recidiva *specifica* sola deve costituire circostanza di aggravamento [1]). Divergono poi questi scrittori nello stabilire il criterio, che si dovrebbe seguire per determinare i reati della stessa *specie* o della stessa *indole*.

Alcuni di costoro, ad esempio, ritengono, che una qualche analogia deve correre tra il reato per cui si è riportata condanna ed il nuovo reato, almeno per ciò che concerne la ragione dell'incriminazione [2]); altri richiedono l'*omogeneità*, ecc.

Vi è poi un'altra schiera di scrittori, che sostiene che la recidiva deve costituire *sempre* una ragione di punire più gravemente, ma che sia giusto distinguere due specie di recidivi, i recidivi *comuni* ed i recidivi *ostinati* o di *abitudine*, allo scopo di stabilire un lieve aumento di pena per i primi, e uno speciale trattamento repressivo per i secondi [3]). Questa distinzione condusse alcuni scrittori ad esagerare le misure repressive che si dovrebbero adottare contro i recidivi della seconda specie, che sono considerati come individui pericolosissimi per l'ordine sociale ed assolutamente *incorreggibili*.

Altra dottrina è quella dei criminalisti, i quali ammettono che la recidiva sia per sè stessa circostanza di aggravamento, che però per la recidiva *generica* l'aumento di pena deve essere lieve, e che maggiore debba essere per la recidiva *specifica*.

Secondo essi non sono necessari mezzi particolari o straordinari di repressione, contro la seconda forma di recidiva, anco se si tratti di delinquenti più volte recidivi nella stessa specie di infrazione [4]). Altri poi sostengono il contrario, perchè credono che colui, il quale è dominato da diverse tendenze criminose ed esplica la sua attività perversa coll'infrazione di diritti di specie diversa, sia più pericoloso di colui che da una costante tendenza è tratto a delinquere [5]).

§ 4.

Tanta diversità ed opposizione, talora diretta, di dottrine intorno al valore giuridico della recidiva non può essere che l'effetto di conside-

---

[1]) Vedi MANCINI, nella *Relazione* già citata; CHAUVEAU et HÉLIE, op. cit., pag. 142.

[2]) PESSINA, op. cit., pag. 327.

[3]) Vedi ORTOLAN, *Elementi*, pag. 524; POLETTI, *L'azione normale*, pag. 125.

[4]) BERNER, op. cit.; IMPALLOMENI, op. cit.; BRUSA, op. cit.; MANZINI, op. cit.

[5]) TRÉBUTIEN, *Cours élém.*, vol. I, n. 824.

razioni unilaterali fatte su quel fenomeno anormale della vita civile, o conseguenza di preconcetti scientifici, che non si reggono dinanti ad una critica rigorosa e spregiudicata.

E questa critica è scaturita da due sorgenti scientifiche, che appariscono diverse e lo sono fino ad un certo punto, ma che hanno dato origine ad alcune dottrine dalle quali sono derivati risultati comuni. Queste sorgenti sono le *discipline penitenziarie* e l'*Antropologia* e la *Sociologia criminale*. Le une e le altre hanno determinato una nuova fase della *scienza moderna* in generale, e della scienza del *Diritto penale* in particolare, perchè per esse alcune dottrine antiche sono state modificate in modo che la loro applicazione possa essere utile e soddisfare le esigenze delle società presenti, ed altre dottrine nuove si sono formulate, prodotto evolutivo della conoscenza e dei mutati bisogni della vita.

Lo sviluppo di quelle scienze invero si deve alla prevalenza di un principio scientifico, che deve dominare tutte le investigazioni dirette alla conoscenza dei fenomeni ed è quello della *causalità*. Nessun *fenomeno* si produce, nessuna *energia* da *potenziale* diviene *attuale* senza una causa o un concorso di cause varie.

La *recidiva,* fenomeno della vita *individuale* ed, in quanto si svolge nella società, fenomeno *sociale,* è stata considerata non semplicemente in sè stessa, ma anco in rapporto alle cause, che possono determinarla. E si è constatato, che le cause sono diverse, e che non agiscono mai per lo più separatamente l'una dall'altra, ma si compongono in modo vario.

Una rigorosa indagine di queste cause, fatta coll'aiuto delle scienze ora indicate, e che sono *ausiliarie* alcune, *fondamentali* altre per la scienza del Diritto penale, ha dimostrato che il fenomeno della recidiva, che così semplice apparisce anco nelle sue varietà, è un fenomeno che non può essere conosciuto nella sua intima natura, nè esattamente valutato sia dal punto di veduta *sociologico,* sia da quello *giuridico,* se non si determinano con minuta analisi tutte le cause possibili della sua manifestazione, e se poscia con rigorosa sintesi non si coordinano tali cause tra loro.

L'analisi e la sintesi ci daranno la spiegazione delle varie forme della recidiva e dei mutamenti *quantitativi* e *qualitativi,* che essa presenta nel tempo e nello spazio.

Ed i risultati ottenuti con l'indirizzo scientifico, di cui facciamo cenno, sono così importanti e gravi, che crediamo dovere farne obbietto di speciale esposizione.

CAPO III.

La nozione della recidiva nella scienza moderna

§ 1.

La ricerca delle *cause* della recidiva non fu ignota agli antichi legislatori e agli studiosi del Diritto, ma fu, per necessità di cose, irriflessa e priva di qualsiasi fondamento scientifico.

E di vero per lungo tempo la ricaduta nel delitto fu considerata come effetto di *malvagità* o *perversità* del delinquente, manifestazione di animo *ribelle* alle leggi divine ed umane. Unica, dunque, la *causa* della recidiva, causa *psicologico-morale.*

E per molti secoli in virtù di ragionamenti e considerazioni varie prevalse tale concetto, che servì di fondamento a diverse dottrine, come può rilevarsi da quei pochi cenni che abbiamo fatto dell'*evoluzione scientifica* della nozione della recidiva, intorno ai mezzi repressivi da applicarsi ai recidivi, ecc.

Nel secolo passato dapprima la ricerca scientifica ebbe per obbietto la determinazione esatta di quella causa psicologico-morale. Si volle sapere, perchè taluni individui persistono nella delinquenza, quale l'origine di questo fattore psichico, che si indica colle espressioni *malvagità* o *perversità* od *incorreggibilità* del delinquente, ecc.

Grande impulso a questa ricerca scientifica venne dato dal Gall. A parte gli errori e le esagerazioni di alcune sue dottrine, egli certamente pose le basi della psicologia *positiva* o della psicologia *fisiologica,* e tentò la spiegazione scientifica della delinquenza [1]).

Il delitto venne considerato quale effetto di speciale struttura e funzione dell'organo cerebrale, e di conseguenza la *perversità d'animo* o *persistenza* nel delitto non poteva avere altra spiegazione, che *fisiologica,* doveva cioè ritenersi che essa fosse l'effetto di anormale struttura o di anormale funzione di quell'organo.

E dopo di lui una schiera numerosa di scienziati e di cultori delle discipline penali, modificando quelle dottrine e dando nuovi

---

[1]) Vedi GALL, *Introduction au Cours de physiologie du cerveau,* Paris, 1880; Id., *Sur l'origine des qualités morales et des facultés intell.,* ecc., Paris, 1822.

contributi di indagini sulla *genesi* e sull'*evoluzione* della delinquenza, determinarono la formazione di scienze nuove, tra le quali indiscutibilmente importantissime sono l'*Antropologia*, la *Sociologia criminale* e la *Statistica criminale* [1]).

Per opera loro la delinquenza venne studiata sotto tutti gli aspetti e si rese possibile la distinzione di *classi* o *specie* varie di delinquenti. Di queste classi caratteri particolari presenta quella dei *recidivi*.

Per la ricerca delle *cause* della recidiva non pochi attribuiscono massima importanza alla *Statistica criminale*, e poca o nessuna all'*Antropologia criminale* ed alla *Sociologia*. Ma essi sono in errore, perchè varie e complesse sono le cause della *recidiva* e non possono essere indagate col solo sussidio dei dati statistici. Aggiungasi d'altra parte che le cifre statistiche per sè stesse sono mute e per renderle eloquenti bisogna che si ricorra ad altri dati dell'esperienza e dell'osservazione. Inoltre a giudizio dei più competenti in siffatta materia, una statistica *scientifica criminale* ancor non esiste, e tanto meno una statistica veramente scientifica della *recidiva* [2]).

L'organizzazione di quest'ultima dovrebbe essere basata sopra un metodo tutto speciale, in modo che possa riuscire delineata esattamente la carriera dei delinquenti.

Onde è necessità, che non solo sia riformato il *metodo* statistico, ma che si ricorra ad altri mezzi di studio dei delinquenti recidivi, e in principal modo occorre valersi, a nostro giudizio, dell'*esame antropologico*. E quando diciamo *esame antropologico* non intendiamo, come ancor inesattamente si intende da pochi antropologi e dalla maggior parte degli avversari del nuovo indirizzo scientifico, l'esame del solo *organismo* del delinquente, ma anco e sopratutto, per quanto è possibile, l'esame *psicologico*. E di vero *fattori* o *cause* immediate dei *delitti* (come del resto di tutte le azioni) sono gli *stati* di *coscienza*, alla determinazione dei quali concorrono poi molte altre cause o fattori, che si possono considerare quali cause più o meno *indirette* della delinquenza.

E nello studio della *recidiva* non può farsi a meno della indagine antropologica nel significato ora espresso per illustrare i dati

---

[1]) È impossibile indicare qui tutti questi scrittori, ma, senza dubbio, sono da ricordarsi fra coloro, che molto contribuirono allo sviluppo delle nuove idee sulla criminalità il NICOLSON, il DESPINE, il CASPER, il MOREL, il LOMBROSO, il QUETELET, il BENEDICKT, il FERRI, ed altri.

[2]) Vedi specialmente il rapporto fatto dal KÖBNER al quarto Congresso dell'*Unione intern. di diritto penale* (in *Bulletin de l'Union intern.*, vol. IV, pag. 146).

statistici e nel tempo stesso per ottenere una conoscenza esatta del delinquente *recidivo.*

Ed anche ai dati della *Sociologia criminale* bisogna ricorrere per completare gli studi sulla recidiva, perchè l'ambiente sociale contiene in sè elementi non pochi, che alimentano la delinquenza in generale, ed altri che favoriscono o determinano la *recidiva.* E qui non possiamo non rilevare l'errore di coloro, che escludono ogni influenza *antropologica* individuale sulla recidiva e ritengono che essa sia dovuta *completamente* a cause sociali [1]).

Un'indagine fatta senza preconcetti di scuola conduce ad affermare che cause *prevalenti* della delinquenza in generale e della *recidiva* in particolare sono le cause *sociali,* ma non mai a ritenere che esse siano le cause esclusive dell'una e dell'altra.

Per venire a questa conclusione bisogna non avere esaminato mai da vicino i delinquenti o non avere dato mai uno sguardo agli annali giudiziari, che registrano delitti atroci, alla consumazione dei quali nessuna *causa sociale* direttamente ha contribuito.

L'errore della maggior parte di coloro, che non accolgono i dati dell'Antropologia criminale per interpretare scientificamente il fenomeno della *criminalità,* deriva dalla falsa supposizione che l'esistenza di quella scienza sia legata all'affermazione del *tipo* del *delinquente* e in particolar modo del tipo del *delinquente nato;* mentre la dottrina intorno a questo *tipo* è una fra le dottrine antropologiche, cui si può attribuire importanza diversa, ma non costituisce tutta l'*Antropologia criminale.* Essa potrà essere distrutta; ma resterà sempre vigorosa questa scienza, la quale indaga i fattori *psico-organici* della condotta umana anormale e segna i caratteri differenziali fra questa e la condotta normale.

§ 2.

Come vedesi, per trovare le *cause* della recidiva bisogna non solo valersi dei risultati di diverse scienze, che studiano la delinquenza in generale, ma anco di indagini speciali, alle quali, a nostro giu-

---

[1]) Di recente ha sostenuto ciò il MANZINI, op. cit., pag. 118, non tenendo però alcun conto dei più importanti studi di *Antropologia criminale,* per essersi schierato fra gli oppositori sistematici del positivismo nel Diritto penale. Si consultino i lavori di tutti coloro che hanno studiato i delinquenti, si esaminino i singoli casi, e ci si dica poi sul serio, che cause *antropologiche* non si possano ammettere per la *recidiva.*

dizio, si oppongono difficoltà non poche, perchè le circostanze *particolari* determinanti la recidiva, o che concorrendo con altre circostanze generali contribuiscono a produrla, non si prestano ad una facile osservazione [1]).

E che ai risultati di diverse scienze bisogna ricorrere per indagare le *cause* della recidiva è stato riconosciuto anco da coloro, che si sono mostrati avversi alle indagini antropologiche. Il Manzini, ad esempio, distingue quelle cause in *generali* e *speciali*, e poi suddistingue le prime in *individuali* e *sociali*. Or le cause *individuali* sono appunto le cause *antropologiche*, se non che lo scrittore citato non solo, come tutti gli avversari del positivismo, si sgomenta di fare uso del termine proprio, ma trascura l'esame delle più importanti cause *individuali* della *recidiva*.

Infatti egli suddivide le cause generali individuali in *fisiche* (*età* e *sesso* solamente) e *morali* (*istruzione, volontà, ereditarietà, anomalia morale,* ecc.) [2]); ma dell'*ereditarietà*, dell'*anomalia morale*, ecc. tratta superficialmente, nè scorge il rapporto diretto che evvi, e nessun cultore della moderna Psicologia ciò ignora, tra esse e speciali condizioni organiche, sopratutto le condizioni in cui trovasi il sistema nervoso.

Si può non far cenno delle particolari anomalie organiche, che presentano alcune categorie di recidivi, si può dare ad esse un'importanza secondaria (e, a nostro giudizio, esse costituiscono solo elementi utili per giudicare della dinamica psichica del delinquente, recidivo o meno che sia), ma non si può, dopo i portentosi progressi della *Psicologia sperimentale* e della *Psichiatria*, parlare di forza maggiore o minore di *volontà* dei delinquenti, di anomalie *morali*, ecc. senza dare a questi fenomeni complessi una base *fisiologica* o *organica*. Ed è appunto la determinazione concreta di questa, che costituisce oggetto precipuo dell'Antropologia criminale [3]).

---

[1]) È noto come tentativi diversi si sono fatti per stabilire una classificazione completa e rigorosamente scientifica delle *cause* della recidiva, ma non sono stati coronati dal successo vagheggiato. Ricordiamo, che fin dal 1886 la Direzione della *Rivista di discipline carcerarie* aveva aperto un concorso su tale obbietto (Vedi *Riv.* cit., an. 1885).

[2]) Più esattamente le prime dovrebbero denominarsi *fisiologiche*, e le seconde *psichiche*.

[3]) Vedi il nostro lavoro: *Genesi ed evoluzione della delinquenza* (in *Rivista di dir. pen. e sociologia crim.*, an. II).

§ 3.

Ciò premesso, facciamo breve cenno delle cause principali della recidiva.

Ci sembra che l'*età* non possa considerarsi come una *causa* importante nello studio della *recidiva*, perchè la ricaduta nel delitto in qualunque età avvenga deve considerarsi ai fini giuridici in rapporto alla vita precedente del colpevole. Onde l'*età* del recidivo è una circostanza da tenersi in considerazione insieme alle altre per giudicare con maggiore esattezza dell'indole di lui.

Il *sesso* invece ha un'importanza maggiore nello studio della recidiva; poichè ci è rivelato dalle statistiche che il sesso femminile dà un contributo inferiore di molto a quello dato dal sesso maschile. Ciò però non prova, come è sembrato a qualcuno, che nella delinquenza in generale e sulla *recidiva* in particolare non abbiano influenza i fattori antropologici [1]: a prescindere dal fatto che la donna può avere una valvola di sfogo alle tendenze perverse nella *prostituzione*. E diciamo *può*, perchè non ci sembra esatto affermare in modo assoluto, come ha fatto il Lombroso, che la *prostituzione* sia un equivalente della *delinquenza* per la donna. Come crediamo, che sia da respingere l'opinione di quegli altri, che alla *prostituzione* dànno come causa esclusiva l'*ambiente sociale*.

Un altro fatto, a nostro giudizio, conferma l'influenza del *sesso* anco sulla recidiva, e fu indicato da molto tempo dal Lombroso, che, cioè, la recidiva nelle *donne* apparisce più costante, e che più frequenti sono in esse le *recidive ripetute*, che non nei maschi. E crediamo che tale osservazione del Lombroso si regga ancora, non ostante le critiche che si sono contro di essa mosse e i ragionamenti fatti per dare tutt'altra spiegazione al fatto [2].

---

[1]) LUCCHINI, *I semplicisti*, cap. VII. Egli afferma che per ammettere l'influenza di fattori antropologici bisognerebbe ritenere che la natura avesse predilezioni antropologiche per la metà del genere umano. Lasciamo da parte l'ironia; il LUCCHINI non vorrà negare la diversa costituzione *organica* e quindi anche *psichica* del sesso femminile, ed è appunto questa, che entro certi limiti spiega la sproporzione del contributo della donna rispetto all'uomo nella *recidiva*. Diciamo *entro certi limiti*, perchè le condizioni sociali di vita della donna non offrono occasioni a delinquere od a ricadere facilmente nel delitto.

[2]) LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, ed. ult., 312, e per la critica LUCCHINI, op. cit.

Alla mancanza di *istruzione* si è da alcuni attribuita ai giorni nostri molta importanza per spiegare il crescente numero delle recidive, poichè si ritiene che colui il quale ha un limitato numero di conoscenze e non sempre esatte, si trovi in uno stato di inferiorità per resistere alle male passioni o ai vizi, che poi trascinano alla delinquenza [1]).

Ma i sostenitori di tali idee non riflettono che moventi delle azioni sono i *sentimenti* e che la mancanza, l' anomalia e il pervertimento di questi sono cause di delinquenza e di recidiva. E queste anomalie del sentimento, che da alcuni ignari della dinamica psichica si confondono colla debolezza del volere o che si scambiano con essa, sono per lo più il prodotto di una speciale costituzione *organica* dei recidivi, favorita dallo *ambiente sociale.*

Or è appunto questa speciale costituzione *psichica* individuale, che ha base organica, che ci dà la spiegazione della *recidiva,* come della delinquenza in generale. Ed essa a sua volta è effetto di cause diverse, *eredità psico-organica, ambiente esterno fisico e sociale.* Se non che è da osservare che alla formazione di quella struttura psichica contribuisce ora in modo prevalente il fattore *organico,* ora il fattore *sociale,* ecc. [2]). Di questa composizione varia di *fattori* della recidiva non han tenuto conto alcuni scrittori per procurarsi il piacere di combattere le moderne dottrine psicologiche.

E per queste ragioni pochi oramai degli antropologi trascurano gli studi di *Sociologia criminale* o pongono in dubbio l' influenza dei fattori *sociali* sulla recidiva. E fra questi fattori massima importanza bisogna dare a quello *economico,* perchè il maggior contributo alla recidiva è dato dai reati contro la *proprietà,* da reati di *lesioni personali,* che a quelli in modo diretto o indiretto si collegano, o da *violazioni* di leggi, che sono state fatte per preservare la società dagli attacchi di individui, che non sanno e non possono adattarsi a condizioni sociali non certamente per loro felici [3]).

---

[1]) Parlano alcuni di *istinto pervertito,* anzichè di *temperamento* individuale anormale per spiegare il fenomeno della delinquenza e della recidiva; ma è espressione inesatta, cui corrisponde un'inesatta conoscenza dell'*indole* del criminale.

[2]) Vedi su questa dottrina FERRI, op. cit.; GAROFALO, *Criminologia;* SERGI, *Natura ed origine della delinquenza,* ed altri non pochi. Vedi anco il nostro lavoro *Genesi e natura della delinquenza* (in *Rivista di Diritto penale ed Antropologia criminale,* Pisa, 1902).

[3]) È noto che molte recidive si riferiscono a contravvenzioni all'*ammonizione,* alla *sorveglianza speciale, oltraggi agli agenti di P. S.,* ecc.

Alcuni credono, che il *fattore economico* sia causa esclusiva della *recidiva,* come della delinquenza in generale, e di conseguenza sostengono che è necessario un riordinamento economico per la miglior tutela dell'ordine giuridico [1]). Altri pur sostenendo la stessa opinione non credono a questa necessità, ma si contentano di osservare che l'influenza massima del fattore *economico* è la prova migliore per dimostrare che la recidiva non dipende affatto dal fattore *antropologico* [2]).

Errano gli uni e gli altri, e lo dimostra il fatto di esperienza comune, già rilevato dal Poletti, che uomini viventi in condizioni quali non si potrebbero immaginare peggiori, preferiscono indurare sui solchi, che non rendono loro alimento, sopportare sofferenze della massima gravità, andare incontro fin anco alla morte, piuttostochè tentare la via del delitto, che del resto non sempre è sfortunata per gli individui che con molta abilità per essa si incamminano. Questa rassegnazione, come bene ha osservato il Poletti, non può attribuirsi che a qualità antropologiche ereditarie, al loro carattere, alla abitudine al lavoro, che hanno deposto in essi tanta copia di energie resistenti da indurli ad anteporre all'ignomia del delitto un cumulo di sofferenze senza fine o una morte prematura [3]). Ecco le considerazioni, che sono il riflesso della esperienza e che quindi hanno vero valore scientifico!

Fra le cause *sociali,* che debbono tenersi in conto per spiegare il fenomeno della recidiva, sono di *non* minor importanza della precedente l'*incivilimento* o *progresso,* il sistema *penitenziario,* il sistema *penale,* l'ordinamento della *giustizia,* le leggi di *prevenzione,* ecc. Di tali cause si sono occupati ed estesamente non pochi scrittori, sicchè non è opportuno su di esse intrattenerci. Facciamo solo le seguenti considerazioni:

1.° che, rispetto alla delinquenza ed alla recidiva, per *progresso* bisogna intendere non il mutamento in *meglio* avvenuto in una delle manifestazioni della vita sociale (ad esempio, nella vita *economica,* nel campo delle *arti* e delle *lettere,* ecc.), ma nella maggior parte di esse e specialmente nello sviluppo dei sentimenti *etici* (sentimenti *morali* e *giuridici*);

---

[1]) TURATI, *Il delitto e la questione sociale;* COLAIANNI, *Sociologia criminale.*

[2]) LUCCHINI, op. cit.; PROAL, *Le crime,* ecc.; TARDE, *Études de psychologie sociale.*

[3]) POLETTI, *Il sentimento nella scienza del diritto penale,* pag. 61.

2.° che tutti i criminalisti ed i cultori delle discipline penitenziarie sono concordi nel ritenere che le brevi pene carcerarie sono causa di gran numero di recidive, perchè il delinquente si pervertisce del tutto e, messo in libertà, trova maggiori difficoltà per procurarsi i mezzi necessari per vivere;

3.° che la repressione per reati gravi non determinata alla stregua dell'indole del delinquente, ma solo in base alla *natura* del reato, è da considerarsi altra causa di recidive, perchè non si tiene conto del fattore *antropologico,* che in non pochi casi è fattore *prevalente* della delinquenza;

4.° che incoraggiamento a delinquere anche per la seconda e la terza volta è la speranza di *indulti,* di *grazie,* di *favoritismo* di magistrati, ecc., ecc.;

5.° che oramai da tutti si conviene che quegli istituti di polizia, che diconsi *ammonizione, domicilio coatto,* ecc., creati allo scopo di combattere la recidiva, sono invece causa principale di essa; donde la necessità generalmente sentita o della eliminazione di essi per sostituirvi altri provvedimenti utili, o della radicale loro modificazione.

§ 4.

Or bene, così esteso e vario lavorìo scientifico intorno alla *recidiva,* diretto allo scopo di ricercarne le *cause* e trovare i rimedi adatti per combatterle, ha dato risultati diversi, ma utili. L'indole del presente lavoro non ci permette di farne un'ampia esposizione critica, ma non possiamo esimerci dall'indicare alcuni dei più importanti effetti derivati dallo studio della *recidiva,* considerata non dal solo punto di vista *giuridico,* ma anco da quello *sociale* ed *antropologico.*

Essi sono:

1.° che la maggior parte dei giuristi non ritiene più che la recidiva sia sempre una circostanza aggravante o una circostanza che riveli sempre una maggiore *pericolosità* o *temibilità* del delinquente;

2.° che nei casi, in cui si può considerare tale, i rimedi giuridici opportuni per combatterla non sono quelli di aumentare la quantità o di mutare la qualità della pena, ma ben altri, che formano già da parecchio tempo oggetto di studio;

3.° che la repressione più o meno grave stabilita per i recidivi pericolosi anco con mezzi *repressivi* diversi dagli attuali non assicura nel miglior modo possibile la società dagli attacchi di quella classe

di delinquenti, e che di conseguenza bisogna pensare alla eliminazione di alcune *cause* della recidiva;

4.° che per combattere la recidiva anche dal punto di vista *giuridico* non bisogna limitarsi all'esame delle specie dei *reati* commessi dal recidivo, ma fa d'uopo studiare i precedenti di vita e la indole di lui.

La massima importanza data allo studio del *recidivo,* invece che all'esame dell'ente astratto *reato,* ha determinato un profondo rinnovamento di dottrine in quella parte del Diritto penale, che si occupa della recidiva [1]). E difatti non solo antropologi e sociologi criminalisti, ma anco la maggior parte dei giuristi hanno posto ogni cura allo studio dei *recidivi,* tenendo in considerazione le cause che più influiscono sull'attività psichica loro, e che determinano la loro ricaduta nel delitto. E dei risultati di tale studio è da fare cenno.

Si è riconosciuto da non pochi, che non tutti i recidivi sono maggiormente *temibili* o *pericolosi,* e che non tutti i recidivi sono *incorreggibili.* La recidiva, sia *generica* sia *specifica,* non è che un elemento per classificare i delinquenti [2]); essa è la manifestazione ultima delle tendenze individuali e quindi della loro diversa potenza criminosa [3]). Or questa potenza criminosa è diversa nei recidivi, e perciò è necessario che, tenendo conto non solo dei fattori *antropologici,* ma anco dell'ambiente sociale in cui sono vissuti o si è svolta l'attività criminosa dei recidivi, si determini il grado di quella potenza [4]). Onde la recidiva può considerarsi come uno degli indizi di *temibilità* maggiore o minore del delinquente ed anco di *incorreggibilità* [5]).

Da qui il bisogno di una classificazione dei *recidivi* e di una esatta determinazione del concetto di *incorreggibilità.*

Una distinzione fondamentale, a nostro giudizio, sarebbe quella di recidivi *occasionali* e di recidivi *abituali,* secondo che causa della recidiva è una circostanza, che non agisce o non può agire permanentemente sull'animo del colpevole, e che è tale che non rivela una

---

[1]) Anco gli avversari del *positivismo* hanno dovuto riconoscere la necessità dello studio del delinquente per porre le basi di una teorica scientifica della *recidiva.*

[2]) Garofalo, op. cit.

[3]) Ferri, op. cit.

[4]) Köbner, op. cit. (in *Bulletin* cit., pag. 203.

[5]) Vedi nostro lavoro sulla *recidiva* in *Studi critici di diritto criminale,* Napoli, 1889.

malvagità o temibilità particolare (come, ad esempio, nel caso in cui un individuo dapprima condannato per ferimento od omicidio commesso per eccesso nella difesa, poscia ferisce od uccide nell'*impeto d'ira* in seguito ad *ingiusta provocazione*) oppure la causa della ricaduta nel delitto è una vera causa *permanente*, sia *individuale* sia *sociale*[1].

I recidivi *abituali* potrebbero essere suddistinti in *correggibili* ed *incorreggibili*, secondo che la causa determinante al delitto è di tal natura, che la sua influenza o efficacia sulla coscienza del delinquente possa o no essere neutralizzata o modificata dall'efficacia della repressione [2]). E sembraci che la categoria degli *abituali correggibili* sia costituita da coloro, i quali esplicano l'energia criminosa sotto l'influenza di cause prevalentemente sociali, e l'altra degli *incorreggibili* sia formata da coloro che delinquono sotto l'influenza di fattori *antropologici* particolari. E contro questi ultimi sarebbero necessari mezzi speciali di repressione.

Onde bene fu osservato che il problema della scienza penale moderna non è già quello della *recidiva*, bensì quello della *delinquenza abituale*, di cui la recidiva non è che un indizio, e che tutto sta nel determinare il punto in cui il recidivo si può considerare come abituale ed incorreggibile [3]). Da ciò si può rilevare come il problema della *recidiva* si deve porre diversamente dal modo come fino ai nostri giorni si è posto, cioè, non in termini astratti, ma in termini concreti.

E porre il problema della recidiva in termini concreti significa distinguere *recidivi* da *recidivi*, e determinare contro quali *recidivi* la società ha diritto di adoperare misure particolari di difesa.

Or è il concetto di *incorreggibilità*, che bisogna chiaramente stabilire, affinchè la teorica giuridica della recidiva possa avere uno svolgimento rigorosamente scientifico. Non puossi infatti dare a questa una base scientifica, se non si fa distinzione di diverse specie di recidivi; distinzione, che deve essere desunta, per le ragioni esposte, da dati non solo *antropologici*, ma anco *sociologici* [4]).

---

[1]) Vedi anco THILY, *Des mesures applicables aux incorrigibles* (in *Actes du troisième congrés d'antropologie crim.*, Bruxelles, pag. 15.

[2]) Vedi anco HAMEL, in *Actes du congrés d'antrop. crim.* di Roma, pag. 160.

[3]) GAROFALO, e CARELLI, *Dei recidivi* (in COGLIOLO, *Trattato*, vol. I, parte III, pag. 903).

[4]) Le distinzioni dei recidivi fatte dagli scrittori sono varie. Crediamo opportuno ricordare che il KÖBNER, l. cit., distingue una categoria di recidivi quelli di *professione*, che è una suddistinzione dei delinquenti di *abitudine*. Considera come tali, quelli che esercitano il delitto come *professione* o spesso nella mancanza di una *professione positiva*.

Negano alcuni, fra i quali il Guillaume ed il Foinitzky, l'*incorreggibilità* [1]; sembra ad altri che di incorreggibilità assoluta non possa parlarsi, perchè non si possono dare le prove di essa, e che solo si possa ammettere un'*incorreggibilità relativa* di alcuni recidivi, tenendo conto, cioè, dell'inefficacia delle misure penali adoperate contro di loro [2].

Si avvicina a quest'ultima opinione la dottrina di quelli, che distinguono la incorreggibilità *giuridica* dalla incorreggibilità *morale,* od ammettono solo la prima, che riconoscono in quegli individui legati al delitto a causa dei difettosi ordinamenti sociali, polizieschi, carcerari e giudiziari, che attualmente si impiegano nei diversi Stati [3].

Or a noi sembra che quando nella scienza si parla di *incorreggibilità* non possa intendersi parlare che di quella che si manifesta nella realtà della vita sociale, e che la distinzione fra incorreggibilità *assoluta* ed incorreggibilità *relativa* sia una distinzione puramente *metafisica* ed *inutile.* Quando sull'animo di alcuni delinquenti non hanno efficacia le misure penali, che sono invece forze reprimenti per il maggior numero dei cittadini, è da presumere che si tratti di individui immodificabili. Col dire questo non intendiamo escludere il dovere in chi esercita il *potere sociale* di ricercare se altri mezzi potrebbero essere utili all'emendamento giuridico dei recidivi. Ma pensare alla possibilità di mezzi diversi da quelli applicati negli Stati per negare o porre in dubbio l'*incorreggibilità* di alcuni delinquenti non è processo mentale scientifico. Contro il pensiero di quella possibilità sta il fatto, che vi sono individui che fanno *professione* del delitto, mentre altri, che trovansi nelle stesse condizioni di quelli, non solo non ricadono nel delitto, ma neppure delinquono, e che vi sono alcuni delinquenti, che dopo l'espiazione della pena, posti in ambiente diverso da quello in cui dapprima vissero, non commettono azioni delittuose gravi, e tuttavia non sono certamente modelli di probità.

Negare l'*incorreggibilità* di alcuni delinquenti si può solo da coloro, che non hanno esperienza della vita criminale o che per intransigenza di scuola chiudono gli occhi dinanti ai fatti. Probità intellettuale impone però il dovere di riconoscere le gravi difficoltà, cui si può andare incontro per constatare la incorreggibilità.

E difatti, se il maggior numero degli scrittori ammette l'incor-

---

[1] *Bulletin* cit., an. II, 213.

[2] THIRY, l. ctt.

[3] MANZINI, op. cit., pag. 540.

reggibilità di alcuni delinquenti, non stabilisce gli stessi criteri, come vedremo, per accertarla. Ma ciò avviene, perchè alcuni di loro vanno in cerca di un criterio o di alcuni criteri di *certezza*, mentre bisogna contentarsi, come del resto avviene per tutte le cose umane, di criteri di *probabilità*. E criteri di *probabilità* ci sembrano quelli dati da molti giuristi ed antropologi.

E prima di indicare alcuni di questi criteri, giova ricordare che *caratteri* antropologici speciali possono osservarsi in taluni delinquenti recidivi, che, a nostro parere, hanno valore diagnostico *ausiliario* per poter dare un giudizio probabile di loro incorreggibilità, che si approssima molto alla certezza.

Un giudizio positivo di incorreggibilità, secondo che pensano molti scrittori, deve avere principalmente per fondamento i risultati di un esame diligente dell'individualità intiera del delinquente recidivo [1]). Onde ben diceva il Köbner che solo quando si è acquistata la convinzione che un individuo si è svincolato da tutti i legami sociali, che è completamente incapace e senza alcun desiderio a rientrarvi, e che la sua attività è diretta solo a turbare l'ordine legale, allora dopo aver agito con la massima prudenza, si è autorizzati a dare all'individuo la qualifica di *incorreggibile* [2]).

Or bene alcuni hanno sostenuto che si debbono considerare *incorreggibili* coloro che commettono delitti a causa di *degenerazione ereditaria* o *acquisita* o di un genere di vita che ha il carattere di una criminalità professionale [3]). Altri credono che incorreggibili siano coloro, che, dopo aver espiato una prima pena, si rendono colpevoli di una nuova infrazione, di cui la causa è una influenza morale permanente che agisce sulla loro volontà [4]). Sembra ad altri poi che per la dichiarazione di incorreggibilità, fuori del caso di delinquenti *nati*, occorre un numero di recidive più o meno grande, secondo la *specie* dei reati commessi e delle circostanze in cui furono commessi [5]).

---

[1]) HAMEL, l. c. (in *Bulletin de l'Union*, 3 an., pag. 304; LISZT, *Criminalpolit.*, p. 492.

[2]) KÖBNER, op. cit.

[3]) LILIENTHAL (in *Bulletin*, cit., an. 1890).

[4]) THIRY, l. cit.

[5]) FERRI, *Sociologia crim.*, pag. 146; GAROFALO, *Criminologia*, pag. 134. È noto poi, come per i criminalisti della scuola *positiva* può essere dichiarato *incorreggibile* anco chi ha commesso un solo reato, che rivela la profonda perversità d'animo di lui e la tendenza a delinquere.

Chi esamina attentamente questi diversi criteri ed altri, di cui non occorre far cenno, scorge facilmente che essi coordinati fra loro ed applicati con prudenza sono utili per giudicare della *incorreggibilità* o meno del *recidivo.* Il criterio per dare questo giudizio non può esser semplice per la natura stessa del fenomeno che si vuol conoscere, ma deve esser complesso; e difatti non basta tener in considerazione solo le *anomalie organiche,* che talvolta possono essere numerose e gravi, e l'individuo tuttavia può essere *correggibile;* non basta tener conto del numero delle condanne o dell'indole dei reati commessi, ma anco delle circostanze speciali in cui furono commessi, dell'ambiente sociale in cui è vissuto il delinquente, ecc., ecc. A dire breve, per la dichiarazione di *incorreggibilità* bisogna servirsi di tutti i mezzi opportuni a scrutare a fondo nella coscienza del delinquente per constatare la sua *degenerazione psico-organica* [1]).

Ed in conseguenza di tali considerazioni risulta erronea la distinzione che si è fatta da alcuni fra incorreggibilità *assoluta* o *morale* ed incorreggibilità *relativa* o *giuridica. L'incorreggibilità* nel campo del diritto penale non può essere che *giuridica*, ed è appunto questa che hanno considerato anco i positivisti, sostenendo solo che essa deve essere indotta da uno studio accurato dei fattori diversi della delinquenza e di quelli che hanno in modo diretto determinato le ricadute nel delitto. Erroneo è d'altra parte il concetto di incorreggibilità *giuridica,* dato dal Manzini, perchè viene limitato a quegli individui che sono legati al delitto per i difettosi ordinamenti sociali, ecc.; mentre molti di questi sarebbero correggibili giuridicamente ed altri non compresi in quelle categorie sono incorreggibili.

Concludiamo dicendo che l'*incorreggibilità* di alcuni delinquenti è un fatto constatato da tempi antichi, ammesso dalla coscienza universale, provato dalla scienza. Non tutti i recidivi sono però *incorreggibili,* e perciò in base ai dati dell'esperienza si deve ammettere una distinzione di *categorie* diverse di recidivi, per ciascuna delle quali bisogna stabilire un trattamento giuridico diverso.

Così abbiamo fugacemente delineata l'evoluzione del concetto di recidiva nelle legislazioni e nella scienza, senza tener conto di talune modificazioni, che a quel concetto sono state apportate da alcuni legislatori e da molti giuristi, e delle questioni che si sono agitate nella dottrina per la retta applicazione di quel concetto. E ciò

---

[1]) Vedi nostro lavoro sulla recidiva (in *Studi critici di diritto criminale,* pag. 5 e seguenti.

abbiamo fatto, perchè più opportuno ci è sembrato accennare alle une e alle altre, quando tratteremo della recidiva nella nostra legislazione penale.

Parimenti abbiamo creduto fuori di luogo considerare la recidiva dal punto di vista *penitenziario,* perchè, qualunque sia l'importanza che si voglia attribuire ai sistemi penitenziari sull'aumento o decremento dei recidivi, ammesso pure che mezzo efficace, come credono alcuni, per combattere la recidiva, sia la *riforma carceraria,* la recidiva resterà sempre un *istituto giuridico,* perchè la personalità del recidivo non può essere sottratta all'impero di norme giuridiche speciali, ed è necessario un sistema di norme che regolino la diversa condizione giuridica delle speciali categorie di recidivi.

PARTE SECONDA

La recidiva nella nostra legislazione penale

CAPO I.

Della recidiva generica.

§ 1.

Nel nostro Codice è stata riconosciuta non solo la recidiva *specifica,* ma anche la *generica* (art. 80) e la *reiterata* (art. 81) ed infine una forma di recidiva, che non può dirsi nè *generica,* nè *specifica,* e limitata al caso, in cui un condannato all'ergastolo commetta altro delitto (art. 84).

Come già abbiamo avuto occasione di notare, nel Progetto ministeriale erano state contemplate:

1.° la recidiva *specifica* (art. 75);

2.° la cosidetta recidiva *molteplice* o *reiterata* (art. 76);

3.° la recidiva *speciale* del condannato all'*ergastolo* (art. 79).

Era stata esclusa la recidiva *generica,* perchè, secondo il Relatore del progetto, è il ricadere nella stessa specie di reati che dinota il carattere del reo e lo rende particolarmente meritevole di più intensa pena, laddove un individuo può eventualmente commettere in più tempi e solo occasionalmente diverse infrazioni della legge senza che ciò possa attribuirsi all'indole sua malvagia [1]). Ed, escludendo la recidiva *generica,* l'autore del Progetto seguiva, senza dubbio, lo indirizzo allora ed ancora adesso prevalente nella dottrina e nelle legislazioni.

Tale indirizzo però non ci sembra esatto, perchè meritevole di più intensa pena può essere anche colui che ricade in delitto di genere diverso, e può non esserlo colui che ricade in delitto della stessa *indole.* E per convincersi della verità di questa ultima considerazione, si ponga mente alla indicazione che all'art. 82 si è fatta

---

[1]) *Relaz. min.,* pag. 218.

dei reati, che debbono essere ritenuti della stessa *indole*. Chi potrà in vero porre in dubbio, che un individuo può anco *occasionalmente* commettere reati preveduti nello stesso *capo* del Codice o alcuni di quelli indicati nelle singole *lettere* di quell'articolo, senza che ciò possa attribuirsi all'indole malvagia di lui? [1]).

Più logica ci sembra essere stata la Commissione della Camera dei Deputati, che propose che fosse considerata circostanza aggravante non solo la recidiva *generica,* ma anco la *seconda recidiva generica,* osservando, che l'incensurata vita sociale va desunta e giudicata dalla costante rettitudine del cittadino, non ismentita da nessun atto illecito, e dall'*intiero svolgimento* della sua attività individuale in conformità alla legge, non già limitatamente al suo modo di sentire e di agire, in correlazione con uno o con pochi singoli oggetti del diritto [2]).

Anche alla Commissione senatoria sembrò doversi considerare circostanza aggravante la recidiva in reati d'*indole diversa,* perchè questa non meno della recidiva in reati della *stessa indole* rivela il disprezzo all'autorità della legge. Come vedesi, la Commissione valevasi della stessa ragione addotta dall'autore del Progetto per legittimare l'aggravamento di pena non solo nell'ipotesi di recidiva *specifica,* ma anco nell'altra di recidiva *generica* [3]).

Sentiamo qui il debito di notare che nel seno della Commissione senatoria proposte diverse furono fatte di modificazione al Progetto, e che la discussione procedette con molta serietà e con ragionamenti informati a moderni concetti scientifici. Si riconobbe la distinzione di delinquenti incapaci di *emenda* e di delinquenti per i quali si può sperare un miglioramento morale per l'efficacia delle discipline penitenziarie, e nel tempo stesso si riconobbe la necessità che la legge determini quella specie di recidività, che forma l'abitudine del delinquere, ed anco le condizioni sotto le quali si può parlare di incorreggibilità del malfattore. Così si affermò il concetto di *incorreggibilità,* di quell'incorreggibilità, che a qualche non profondo conoscitore dell'odierno movimento scientifico sembrò una torre maestosa

---

[1]) La critica della disposizione dell'art. 82 sotto questo aspetto è stata già fatta da non pochi commentatori e scrittori. Vedi MAJNO, op. cit., pag. 264; GAROFALO, *Appunti al nuovo Codice penale,* pag. 135; PORTO, *Progetto del Codice penale,* pag. 60.

[2]) *Relazione della Comm. Cam. dei dep.,* pag. 114. La Commissione però non propose una formula generale.

[3]) *Relaz. della Comm. senatoria,* pag. 93 (Torino, 1888).

di cartapesta, posta nel centro della cittadella positivista, atta ad illudere soltanto un nemico pauroso ed imbelle.

Ed il senatore Pessina, relatore, non si mostrò contrario a potersi accogliere anco il dettato delle *pene perpetue* per malfattori incorreggibili, salva la potestà di revoca di questa perpetuità in seguito a prove di effettivo emendamento [1]).

Nel seno della Commissione senatoria si fecero anche talune proposte, che dovrebbero essere tenute in seria considerazione per una futura riforma del Codice penale, come, ad esempio, quella di preferire la recidiva *generica* alla malagevole classificazione necessitata dalla recidiva *specifica,* escludendo dall'aggravante i delitti minori; e l'altra che per i recidivi dimostrati *incorreggibili* da più condanne fosse ordinata la reclusione loro in apposito stabilimento. E se non fu accolta la proposta della *pena indeterminata* per gli incorreggibili, si deve alla ragione che si credette pericoloso il mettersi per una via di innovamenti, dei quali è ignota l'efficacia e mancano copiose esperienze ad avvalorare induzioni ancora premature intorno ad essa. Non fu posto però in dubbio il fatto dell'*incorreggibilità* di taluni delinquenti e la necessità di un trattamento giuridico particolare.

Ciò abbiamo ricordato per far rilevare, come in tema di *recidiva* ci siano ancora molte riforme da fare.

Ad ogni modo il Ministro deferente al voto autorevole delle due Camere accettò la proposta della Commissione senatoria e destinò la prima parte dell'art. 80 del Codice alla recidiva *generica,* e la seconda alla recidiva *specifica.*

§ 2.

Dovremmo procedere ora ad un esame delle norme legislative, che regolano l'istituto della *recidiva;* ma, poichè tale esame non può disgiungersi da quello dei principî, ai quali si è ispirato il legislatore, è necessario accennare dapprima alcuni di questi; così sarà possibile constatare anco quale sia l'importanza delle disposizioni del nostro Codice in ordine alla recidiva.

Il nostro legislatore, come si è visto, ha rigettata la dottrina erronea di coloro, che non attribuiscono alla recidiva efficacia di circostanza *aggravante,* ed ha riconosciuto tanto la recidiva *specifica,*

---

[1]) Vedi anche la Relazione dello stesso illustre criminalista al Congresso penitenziario di Roma del 1885 sull'argomento.

Ecco brevemente esposte le due dottrine diverse sulla questione cennata e le principali ragioni addotte a sostegno dell'una e dell'altra.

A noi sembra che i sostenitori della prima dottrina non abbiano considerato la questione della recidiva dal suo vero punto di vista scientifico, perchè si sono ristretti al solo esame della ripetizione del reato, ed hanno attribuito la causa di essa all'insufficienza di efficacia della pena o della condanna. Mentre essi avrebbero dovuto considerare che la ripetizione del reato può essere anco indizio di uno stato psicologico particolare del delinquente, rivelazione di un'indole speciale di lui, ed avrebbero visto allora che diverse possono essere le *cause* della recidiva (cause *antropologiche,* cause *sociali,* ecc.), e non la sola insufficienza della pena, che, come giustamente fu osservato, è una mera ipotesi.

Sulla via diretta di indagine scientifica si sono messi invece i sostenitori della seconda dottrina, i quali hanno tenuto in considerazione non il semplice reato e la pena, ma il *delinquente.* Tale dottrina però fu sostenuta nei primi tempi con argomenti non molto validi, ma ora è validamente propugnata da coloro che nello studio della delinquenza seguono il metodo *positivo.*

E infatti è stato osservato dall'Impallomeni che l'*allarme sociale,* di cui parla il Carrara, seguìto da molti altri giuristi, non può essere assunto a rappresentare di fatto il perturbamento, che all'ordine giuridico arreca il reato, perchè è mutabile col variar di tempo, di luogo, ecc.; e che il vero *danno pubblico* del reato, che deve porsi come fondamento della teorica della pena, è il *pericolo* della riproduzione del reato o per opera dello stesso reo o per opera dei male inclinati: che questo danno non è un semplice male di opinione, ma è un danno tanto positivo quanto quello della violazione della legge. Onde egli conclude che sul recidivo non grava in alcun modo il reato precedente, ma la sua maggiore pericolosità in confronto a chi è condannato per la prima volta [1]).

Or è appunto questo il concetto, che con termini diversi era stato sostenuto già dai positivisti, ed è strano che qualcuno che ha seguito questo stesso ordine di idee si affanni a dimostrare che il criterio della *temibilità* sia erroneo e da rigettarsi. Non sono forse

---

[1]) IMPALLOMENI, op. cit., pag. 283, 296. Il MANZINI ha seguìto quest'ordine di idee, ma, avendo cercato di dare a queste un'impronta nuova, ha fatto perdere ad esse quella nitidezza, colla quale furono espresse dallo IMPALLOMENI (MANZINI, pagina 443).

correlativi i due concetti di *pericolosità* e di *temibilità?* È *temibile* il delinquente, che è *pericoloso.*

Sostiene però l'Impallomeni che la recidiva è circostanza che aggrava l'*imputazione.* Or a noi non sembra esatta l'espressione, perchè, se la *maggior pericolosità* è ciò che grava sul recidivo, come non può ammettersi che su di lui gravi il reato *precedente,* così non può affermarsi che gravi il reato *successivo:* la maggiore *pericolosità* è una *qualità,* che si induce dal fatto della ricaduta nel delitto.

Affermare che la recidiva aggravi l'*imputazione* varrebbe quanto dire che essa è circostanza, che si aggiunge al secondo reato. La qual cosa non ci sembra ammissibile, perchè quest'ultimo è un'entità a sè, ha i propri *estremi* ed il proprio *obbietto,* e non si può imputare al delinquente se non per quello che è realmente.

Se non che la considerazione del fatto della ricaduta impone che si tenga in conto non il solo secondo reato, ma anco l'*indole* del delinquente, per infliggere una più grave punizione. Da ciò segue che il secondo reato si imputa al recidivo per quel che è; ma, poichè esso è prova di temibilità maggiore del delinquente, si aumenta la pena.

Ed è perciò che molti anni or sono considerammo la *recidiva* come una circostanza *estrinseca,* la quale non aggrava nè la *pena,* nè l'*imputazione,* ma solo la *responsabilità,* la quale presuppone sempre, non sarebbe mestiere il dirlo, l'*imputabilità* del delinquente [1]).

E poichè a qualcuno, che superficialmente ha letto il lavoro, nel quale tale idea abbiamo manifestato, è sembrato strano quel criterio, notiamo che è scientificamente esatto che si distingua *imputazione* e *responsabilità penale,* perchè la prima riguarda il reato, la seconda il *reato* ed il *delinquente.* Così, ad esempio, il magistrato nel giudicare l'autore di un delitto, diminuisce la pena tenendo conto della buona condotta precedente, o del ravvedimento mostrato, ecc. ed in questo caso la circostanza ammessa non diminuisce l'*imputazione,* ma la *responsabilità.* Lo stesso è per la *recidiva,* circostanza *aggravante,* e per molte altre circostanze aggravanti o diminuenti che siano.

Crediamo, adunque, che la recidiva possa considerarsi come circostanza che aggrava la *responsabilità* [2]).

---

[1]) Vedi nostri *Studi critici di dir. crim.*, pag. 39, Napoli, 1885.

[2]) Per i principî scientifici da noi seguìti, la recidiva non si può considerare sempre come circostanza aggravante, ma solo quando rivela la maggiore *pericolosità* o *temibilità* del delinquente. Non è però qui il luogo opportuno per trattare di questo argomento.

§ 3.

L'on. Zanardelli nella *Relazione* sul Progetto ha accennato alla disputa fra i giuristi sulla questione esposta, ed ha voluto esplicitamente manifestare quale fu la dottrina da lui seguìta; ma, a nostro giudizio, non lo ha fatto con quella precisione che era da aspettarsi da un valoroso giurista.

Scriveva egli che l'argomento, che si vuole addurre della provata inefficacia della pena commisurata nei limiti ordinari, si fonda su considerazioni ed ipotesi troppo astratte, ed è contrario al principio per cui la pena deve essere esclusivamente ragguagliata al reato commesso, e non subordinata a circostanze che a questa sono estranee. Affermava poi che la recidiva è circostanza che aggrava il reato nel suo elemento *politico,* per il maggior allarme che desta colui, il quale ha più volte delinquito e che quindi si dimostra più pericoloso, e che pertanto la circostanza soggettiva della speciale perversità dell'agente diviene circostanza obbiettiva del reato, accrescendo il timore dei buoni ed offrendo ai tristi il pernicioso esempio dell'ostinato disprezzo della legge [1]).

Come può rilevarsi, l'A. del Progetto non dice espressamente se la recidiva sia circostanza, che aggravi l'*imputazione;* esclude però che aggravi la *pena,* ed afferma solo che aggrava il *reato* nel suo elemento *politico.*

Questo linguaggio non rende chiaro il concetto del Ministro, tanto più che nella Relazione si dice che la circostanza *soggettiva* della speciale perversità dell'agente diviene circostanza *obbiettiva* del reato: mentre, se non ci inganniamo, si sarebbe dovuto dire, che la circostanza *obbiettiva* della commissione di un nuovo reato diviene prova dolla circostanza *soggettiva* della perversità dell'agente. Ad ogni modo la recidiva per il Codice, non essendo circostanza che aggrava la pena, non può essere altro che circostanza che aggrava l'*imputazione.*

E dopo ciò esaminiamo le disposizioni del Codice intorno alla recidiva *generica* ed alla recidiva *specifica,* e vediamo quali sono le condizioni necessarie, perchè si possa ammettere la recidiva.

---

[1]) *Relaz. ministeriale,* pag. 215-216.

§ 4.

Nella *prima parte* dell'art. 80 del Codice penale è prevista la recidiva *generica* ed è stabilito: « Colui, che, dopo una sentenza di condanna, e non oltre i dieci anni dal giorno in cui la pena fu scontata o la condanna estinta, se la pena era superiore ai cinque anni di durata, o non oltre i cinque anni negli altri casi, commette un altro reato, non può essere punito col minimo della pena incorsa per il nuovo reato ».

La recidiva in questa disposizione contemplata è la recidiva *generica* e *finta*, perchè non si fa distinzione di natura di reato e non si richiede, come condizione dello stato di recidivanza, che la pena inflitta per il precedente reato sia stata scontata, essendo solamente estremo necessario l'*irrevocabilità* di una condanna precedente.

E nella Relazione si adduceva la ragione, per la quale non si era seguìto il sistema di alcuni Codici, che non ammettono altra specie di recidiva, tranne la *vera*. Si diceva infatti, che la condizione, che a costituire la recidiva si richiedesse l'espiazione della pena inflitta con la precedente condanna, traeva origine da un concetto poco scientifico, che, cioè, la recidiva fosse circostanza aggravante della *pena* e non del *reato*. Si notava inoltre che, ammettendo la recidiva soltanto nel caso dell'avvenuta espiazione della pena, si sarebbe fatto, contro ragione, un trattamento migliore a chi si fosse reso latitante o in altro modo fosse riuscito a sottrarsi all'esecuzione della condanna [1]).

L'on. Zanardelli seguiva così il sistema prevalente nella maggior parte delle legislazioni, come può rilevarsi dai brevi cenni che abbiamo dato di legislazione comparata.

Nella Camera dei Deputati fu avanzata dall'on. Panattoni la proposta di stabilire come condizione della recidiva l'*espiazione* della *pena* per precedente condanna, e fu riprodotta nel seno della Commissione senatoria; ma fu respinta. Come del pari non fu accolta da quest'ultima Commissione la proposta di ritenere più grave la recidiva avvenuta dopo l'espiazione di una precedente pena [2]), perchè

---

[1]) *Relaz. ministeriale*, pag. 216.

[2]) *Relaz. della Commissione del Senato*, pag. 90.

si è creduto che in entrambi i casi evvi il disprezzo all'autorità della legge.

A dire il vero, pur non ammettendo che la recidiva sia una circostanza aggravante della pena, non sarebbe stato ingiusto od illogico stabilire gradi diversi di gravità di pena per l'uno e per l'altro caso, perchè in generale maggior perversità d'animo mostra colui che ricade nel delitto dopo l'*espiazione* della *pena*. Del resto il magistrato potrà tener conto delle diverse ipotesi nell'applicazione della pena.

Nel seno della Commissione reale di revisione la discussione assunse maggior gravità. Osservò infatti per il primo il Faranda che l'espiazione della pena non gli sembrava un dato trascurabile. Fu proposto anche dal Brusa un sistema misto, cioè, di aggravare dippiù la pena, se la recidiva si fosse avverata dopo l'espiazione di una *parte* della pena precedente.

Ma il Faranda non insistette sulla sua proposta dopo le osservazioni fatte dal Calenda, cioè che dell'espiazione potrà tener conto il magistrato nella latitudine della pena [1]).

Ed è giusto che ne tenga conto, perche non deve esser trattato allo stesso modo il recidivo, che non ebbe ancora a sperimentare il rigore della pena, e colui che ricade nella delinquenza anche dopo l'espiazione. E di vero, se fu giusto evitare gli inconvenienti gravi, che sarebbero derivati dal limitare la nota di recidività alla condizione della totale espiazione della pena, non bisognava d'altra parte spingersi sino all'esagerazione di equiparare le due ipotesi sopra cennate.

Premesse tali considerazioni intorno alla questione riferentesi alla necessità o meno di ritenere come estremo della recidiva l'*espiazione* della pena, vediamo dapprima quali condizioni sono necessarie, a termini dell'art. 80, perchè vi sia la recidiva *generica*.

Esse sono:

1.° che un nuovo reato sia stato commesso dopo una sentenza irrevocabile di condanna;

2.° che non sia trascorso un certo tempo dal giorno, in cui la pena fu scontata o la condanna estinta, al giorno in cui si è commesso il nuovo reato.

Ciascuna di queste condizioni merita speciale esame.

---

[1]) *Verbali della Commissione*, pag. 219.

§ 5.

E prima di tutto è da rilevare che per la prima condizione la recidiva *generica* riconosciuta dal Codice è la *finta,* perchè è fondata sulla *precedente condanna,* non sulla *espiazione* della *pena* [1]), per la seconda, che il legislatore non ha ammesso lo stato *permanente* di recidività.

Rispetto alla prima condizione notisi che, sebbene nella disposizione dell'art. 80 si parli solo di *sentenza di condanna* e non si accenni al requisito della *irrevocabilità,* pure non è a dubitare della necessità di questo requisito. Difatti, a prescindere dalla considerazione che di sentenza di condanna non può parlarsi se non quando essa è *irrevocabile,* è da notare che nel Progetto erasi indicato quel requisito, e che fu tolto nel testo definitivo l'aggettivo *irrevocabile,* per la ragione che quando il Codice accenna a *sentenze di condanna* si riferisce alle sentenze *irrevocabili* [2]).

Sentenza di *condanna* importa sentenza, che infligge una *pena* a qualcuno che è stato imputato di un reato, e che di conseguenza è stato ritenuto *imputabile.*

Onde è comune dottrina che non possono considerarsi come sentenze di condanna, agli effetti della *recidiva,* quelle che ordinano provvedimenti speciali stabiliti dalla legge rispetto ai prosciolti per *infermità di mente,* per *mancanza di discernimento,* ecc., perchè trattasi di provvedimenti di *tutela,* e non di *pene* [3]).

Essendo l'*irrevocabilità* della sentenza di condanna estremo necessario perchè vi sia recidiva, si deduce che il colpevole di un reato commesso durante le more del giudizio di appello o del ricorso

---

[1]) La redazione della prima parte della disposizione è poco felice, tanto che alcuni che non badarono alle discussioni fattesi, sostennero che l'*espiazione* della pena fosse estremo della recidiva. Anco noi siamo incorsi in questo errore (in *Manuale teorico-pratico*).

[2]) Osserva inoltre l'IMPALLOMENI che era inutile anco quell'aggettivo, perchè la recidiva non può fondarsi che su copia del dispositivo della sentenza estratta dal casellario giudiziario, dove si annotano le condanne esecutive (op. cit., pagina 287). Vedi inoltre i *Verbali della Commissione reale,* XVI.

[3]) MAJNO, op. cit., pag. 251; ALIMENA. *I limiti ed i modificatori,* vol. III, pag. 601.

in Cassazione sarà responsabile solo come *reiteratore*, e non come *recidivo* [1]).

Si deduce anco che le sentenze *contumaciali* di condanna, di cui all'art. 543 Cod. proc. pen., non possono dar luogo a dichiarazione di *recidiva*, perchè sono revocabili. Infatti, per il disposto di quell'articolo, il condannato in contumacia ad alcuna delle pene indicate nell'art. 541 dello stesso Codice di procedura [2]), in qualunque tempo si presenti volontariamente o si costituisca in carcere, o pervenga in potere della giustizia prima che la pena sia prescritta, sarà sentito nel merito della causa ed ammesso a fare le sue difese, come se non fosse stato contumace. Di conseguenza « la sentenza contro di lui proferita sarà considerata come non avvenuta, e si procederà ulteriormente contro di esso nella forma ordinaria ».

§ 6.

Dalla coordinazione del disposto dell'art. 80 Cod. pen. con quello dell'art. 2 dello stesso si deduce anco che la recidiva può essere dichiarata in base ad una sentenza di condanna pronunciata sotto il vigore di un Codice abrogato, qualora il fatto per il quale ebbe luogo la condanna costituisca reato anco per il nuovo Codice: ma non lo può essere nel caso contrario, perchè per l'art. 2, primo capoverso, nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato, e, se vi sia stata *condanna*, ne *cessano* l'*esecuzione* e gli *effetti penali*.

Nel Progetto del 1868 era stato espressamente disposto, sullo esempio del Codice toscano, doversi considerare recidivo colui che fosse stato condannato per un fatto ritenuto come reato da *quel Codice*. Onde implicitamente era ammesso che le condanne pronunziate sotto il vigore di una legge abrogata non potessero avere efficacia per la dichiarazione di recidiva.

Nei Progetti posteriori, sebbene fosse stata modificata in modi vari la formola dell'articolo concernente la recidiva, non fu mai esplicitamente considerata la questione di cui ci occupiamo, neppure nell'ultimo Progetto.

---

[1]) Decise la Corte Suprema, che non sussiste la recidiva specifica, quando per la precedente condanna per diffamazione vi fu remissione della querela in sede di Cassazione (12 luglio 1900, in *Cass. Unica*, vol. XI, col. 1424).

[2]) Vedi anco l'art. 20, ult. cap., del Decreto 1.° dicembre 1889.

Ciò tuttavia non impedisce che la questione venga risoluta coordinando, come da noi si è fatto, le disposizioni sulla recidiva con qnelle che sanzionano i principî generali di diritto.

Coordinando poi le disposizioni degli art. 86 e 87 del Cod. pen. si possono dedurre le seguenti conseguenze giuridiche:

1.° che è da escludersi la recidiva, quando la condanna precedente sia stata compresa in un Decreto di *amnistia,* perchè per il disposto dell'art. 86 l'amnistia *estingue* l'*azione penale* e *fa cessare l'esecuzione della condanna e tutti gli effetti penali di essa;*

2.° che è da ammettersi invece la recidiva, quando in virtù di *indulto* o di *grazia* si condona o si commuta la pena, perchè l'uno e l'altra lasciano sussistere la sentenza di condanna, tanto vero che per il disposto dell'art. 87 quei due modi di esplicarsi dell'indulgenza sovrana non fanno cessare l'*interdizione dai pubblici uffici,* nè la *sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte,* nè la *vigilanza speciale* dell'Autorità di pubblica sicurezza.

E supposto anco che nel Decreto di *indulto* o di *grazia* vi sia espressa disposizione, per la quale si dichiarino cessati gli effetti penali della condanna or indicati, non può dirsi che venga annullata la sentenza di condanna, perchè l'*indulto* e la *grazia* hanno per fine solamente di liberare il reo dall'espiazione della pena.

Come vedesi, è dalla diversa natura dell'*amnistia,* dell'*indulto* e della *grazia,* che deriva la diversità degli effetti giuridici da essi prodotti [1]).

È stato giudicato che la grazia lascia integri gli effetti della condanna, la quale va quindi tenuta in calcolo nella recidiva, a meno che il Decreto di grazia non contenga una diversa disposizione [2]).

Questa decisione merita censura, perchè implicitamente ammette come possibile che in un Decreto di *grazia* o di *indulto* si disponga che l'una o l'altro *estingua* la condanna per gli effetti della recidiva; ammette, cioè, che un Decreto reale possa derogare alla legge.

Or questa affermazione non solo contraddice ai principî fondamentali di diritto costituzionale, che determinano i limiti di esercizio del potere legislativo, ma anco allo spirito che informa la disposizione dell'art. 57 del Codice penale.

---

[1]) In alcuni Progetti (quello del 1868, quello di VIGLIANI, di MANCINI) era stato esplicitamente detto che non potevano valutarsi, per gli effetti della *recidiva,* le condanne a pena estinta per *amnistia.*

[2]) Cass., 7 aprile 1896 (in *Giust. pen.,* an. II, col. 599).

Infatti, come già si è detto, in questo articolo è disposto che col Decreto di indulto o di grazia non cessa l'interdizione dai pubblici uffici, nè la sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte, ecc., *salvo il caso di espressa disposizione nel Decreto di indulto o di grazia.*

Dunque l'eccezione possibile e legittima, che può essere ammessa in vista della necessità di un ampio perdono, concerne solo la cessazione degli *effetti* della sentenza di condanna in quell'articolo previsti. Onde l'inciso *salvo il caso,* ecc. va interpretato restrittivamente agli effetti ivi indicati, non può essere esteso al caso previsto come possibile dalla Corte Suprema, cioè, all'annullamento della sentenza di condanna per gli effetti della recidiva [1]). Un Decreto di indulto o di grazia, che contenesse disposizione diretta a togliere ogni effetto alla sentenza di condanna ai fini della recidiva sarebbe *incostituzionale.*

Sebbene dalla maggior parte delle legislazioni si escluda la recidiva, quando per il reato precedentemente commesso ci sia stata *amnistia,* pure crediamo che dal punto di vista scientifico si possa discutere, se debba equipararsi l'*amnistia,* per gli effetti della recidiva, alla *grazia* ed all'*indulto.* E, di vero, se ragioni sociali o politiche possono consigliare che si abolisca l'azione penale per certi reati, è ingiusto d'altra parte che non si tenga conto del precedente delitto a favore di chi, dopo di aver goduto di un beneficio, commette altro delitto. Sembraci che non sia illogico considerare come *espiata* la pena anco nel caso di *amnistia,* come la si considera espiata nel caso di *indulto* o di *grazia* che condona la pena [2]).

Certamente l'equiparazione è solo giustificata, quando per l'*amnistia* è cessata od è stata impedita l'esecuzione della condanna, perchè, se essa è stata solo causa di estinzione dell'azione penale, mancherebbe la prova giudiziaria sicura della responsabilità penale dell'*amnistiato;* e del procedimento eseguito, per quanto grave possa essere a danno dell'imputato, non può tenersi considerazione.

Nè si dica che con questa distinzione si crea una disparità di trattamento fra i delinquenti; disparità, che dipenderebbe unicamente dal caso, cioè, dalla data della pubblicazione del Decreto di *amnistia.*

---

[1]) Nello stesso senso il MANZINI, op. cit., pag. 259.

[2]) L'equiparazione era stata ammessa dalla prima Commissione che esaminò il Progetto di luglio 1867 (art. 73, § 3); ma la disposizione fu soppressa nei Progetti successivi.

Di vero il caso decide spesso della sorte dei delinquenti, e non ıò essere evitato, perchè necessità esige che le leggi dispongano certi modi per ovviare a mali maggiori, che deriverebbero dal sporre diversamente. Ciò avviene, ad esempio, nei casi di talune :esunzioni *juris et de jure* stabilite dalla legge e sottoposte a speali termini (presunzione di *violenza* nel congiungimento carnale con ersona, che non abbia compiuto gli *anni dodici,* ecc.).

Riguardo alla *remissione* della parte offesa nei reati, pei quali non può procedere che a *querela* dell'*offeso* o del *danneggiato,* la maggior parte degli interpreti del nostro Codice sostiene che nei pochi asi stabiliti dalla legge (art. 88 del Codice penale), in cui essa fa essare l'*esecuzione della condanna,* come quando si tratta di *adulerio* e di *concubinato,* non abbia efficacia giuridica per gli effetti ella recidiva [1]). A noi non sembra esatta questa interpretazione, perchè ontraddice alla *lettera* ed allo *spirito* della legge.

Infatti nell'art. 88 è detto, che nei reati per i quali non si può rocedere che a querela di parte, la *remissione* della parte lesa *stingue* l'azione penale, ma non *fa cessare* l'esecuzione della conlanna *se non nei casi stabiliti dalla legge;* e poi nell'art. 358, che rovvede per la remissione nei reati di adulterio e concubinato, è lisposto che la remissione può essere fatta anche dopo la conlanna e ne *fa cessare l'esecuzione e gli effetti penali.*

Or, confrontando la locuzione adoperata dal legislatore in quest'ultimo articolo e quella dell'art. 86, che contempla l'*amnistia,* si rileva che sono ambedue *identiche.* Ciò vuol dire che per il nostro legislatore *identici* sono gli *effetti giuridici,* che derivano dall'*amnistia* e dalla *remissione* della parte offesa nei reati perseguibili a querela di questa.

La *remissione* per questi reati è una specie di *amnistia;* è una facoltà *personale, individuale,* riconosciuta dalla legge nel privato per taluni reati e con diversa efficacia giuridica, secondo i casi [2]).

E dal punto di vista scientifico poi notiamo che i reati perse-

---

[1]) CARRARA, op. cit.; CONTI, *La recidiva* (in *Atti accad.,* Modena), ed altri.

[2]) Nè si dica che, quando la remissione ha luogo per taluni reati dopo la condanna, sia da presumersi che la parte lesa, la quale si è valsa della facoltà che la legge le concede, abbia voluto risparmiare al colpevole la sofferenza positiva dell'espiazione della pena, non gli altri effetti penali della condanna (MANZINI, op. cit., pag. 522). Si potrebbe, a nostro credere, con maggiore ragione presumere l'una e l'altra cosa, cioè, che la parte abbia voluto l'eliminazione di tutti gli effetti del procedimento penale.

guibili a querela di parte sono azioni antigiuridiche, non molto gravi, e sono considerate delittuose per un interesse indiretto della società, cioè, quello di evitare i mali maggiori che deriverebbero dal negare una sanzione efficace nell'interesse del privato offeso, che richiede riparazione dell'offesa ricevuta con mezzi diversi da quelli civili, o che non vuol coprire col silenzio l'offesa patita. Onde, anco nei casi in cui la remissione fa cessare l'esecuzione della condanna, il fatto antigiuridico non è da considerare più come lesivo dell'interesse indiretto, che la società aveva alla sua punizione, e quindi tutte le conseguenze giuridiche, che da esso sarebbero derivate, se la remissione non ci fosse stata, cessano del pari.

Si è ritenuto da parecchi giuristi che anco la *riabilitazione* del condannato dovrebbe esser considerata come causa escludente la dichiarazione di *recidività,* perchè scopo della riabilitazione è quello di cancellare la ricordanza del reato, e di rimettere il colpevole in quella stessa condizione giuridica e morale, in cui egli trovavasi prima della condanna, e che di conseguenza il riabilitato che commette nuovo delitto è da considerarsi come qualsiasi altro cittadino, che per la prima volta delinqua [1]). Si è osservato però, contro questa opinione, che, sebbene la riabilitazione produca gli effetti morali e giuridici sopra indicati, pure essa perde ogni valore giuridico, quando il riabilitato ricade nella delinquenza: che la ricaduta mostra che egli non si è modificato, e che escludere l'aggravamento di pena per recidiva sarebbe lo stesso che dargli un premio [2]).

È facile vedere che la divergenza di opinioni intorno al valore giuridico che bisogna attribuire alla *riabilitazione* per gli effetti della *recidiva* deriva (e ciò avviene anco per molte altre questioni giuridiche) dal metodo che si segue nell'indagine scientifica. Il metodo seguito da non pochi scrittori non è *positivo,* ma deduttivo-astratto, poichè si pongono come vere alcune proposizioni, senza tener conto dei fatti, e si deducono conseguenze spesso arbitrarie.

E di vero, se è fuori dubbio che la *riabilitazione* ha per fine di cancellare la memoria del reato e rimettere il condannato nella primitiva condizione giuridica e morale, non può d'altra parte negarsi che in alcuni casi il condannato riesce ad ottenere la riabilitazione per furberia ed ipocrisia. Or in questi casi sarebbe ingiusto non ritenere *recidivo* il riabilitato che commette un nuovo delitto. Nè ciò è tutto.

---

[1]) CHAUVEAU et HÉLIE, op. cit.; MOSSA, op. cit., pag. 157.

[2]) MANZINI, op. cit., pag, 522.

Vi sono casi in cui la ricaduta del riabilit
è determinata da circostanze eccezionali, non
dole criminale persistente: ed in tali casi sare
la pena per la ricaduta in seguito alla riabilit
Da ciò si può dedurre che non è razionale
norme assolute, ma bisogna che il legislatore
arbitrio del magistrato.

Ad ogni modo per il Codice vigente la *ria*
purgazione dello stato di recidività (art. 837-8
è stato dagli scrittori nostri ritenuto che la
solo l'effetto di restituire al condannato l'eser(
e lascia integra l'efficacia giuridica alle conda
effetti della recidiva [1]).

§ 7.

Si è detto che per il nostro Codice estrem
precedente *sentenza* di *condanna* irrevocabile.

A questo principio però sono fatte alcune
nostro Codice (art. 83), quanto nella dottrina.

Dovremmo tosto trattare di esse, ma credi
nare prima il *secondo estremo* necessario per a
recidiva, e fare poscia di quelle oggetto speci
non poche e gravi questioni, che intorno ad e
scienza.

§ 8.

Il secondo estremo per la dichiarazione di
abbiamo accennato, che non sia trascorso un c
zione della pena o l'*estinzione* della condanna p
reato.

Il nostro legislatore ha quindi respinto la

---

[1]) La legge francese del 27 maggio 1885 sui *recidivi*
litazione una efficacia giuridica maggiore di quella che
i Codici. Infatti nell'art. 634 del Codice penale modific
riabilitazione cancella la condanna, e fa cessare per l'av
che ne derivano ». Solo per il riabilitato, che ricade
prolungato il tempo per chiedere ed ottenere una nuova

tuità dello stato di recidiva ed ha accolto quella della *temporaneità*, la quale è del resto la dottrina prevalente [1]).

L'on. Zanardelli nella sua Relazione sul Progetto, dopo avere accennato alla questione, che si era agitata nella scienza intorno alla necessità o meno di stabilire un termine allo stato di recidività, si dichiarava favorevole alla dottrina della *temporaneità* per il motivo, che « se si ammette, che dopo un certo tempo si prescriva il diritto di fare eseguire la sentenza di condanna, a maggior ragione si debba ammettere un termine, trascorso il quale, cessa o si prescrive il diritto a computare la condanna stessa per la recidività. Chi per lungo tempo ha serbato buona condotta, se pure in passato soggiacque ai rigori della legge, non deve essere trattato al pari di colui che a breve intervallo ricadde nel reato » [2]).

Così in conformità alla maggior parte dei precedenti Progetti si stabiliva un *termine* per la purgazione dello stato di recidività.

Sulla determinazione del termine però erano stati discordi quei Progetti, poichè in alcuni il termine stabilito era quello stesso necessario per la *prescrizione* della *pena*, in altri i termini stabiliti erano diversi secondo la *gravità* dei reati. Nel Progetto Zanardelli si riconosceva, come abbiamo visto, la necessità del termine, ma stabilivasi dover esser quello fissato dalla legge per la *prescrizione* della *condanna* (art. 75) [3]).

Tale criterio non fu accolto dalla Commissione senatoria, per la ragione che sarebbe stato inattuabile in pratica nelle lunghe condanne e perchè l'elasso di un dato tempo dalla piena esecuzione o dalla cessazione della condanna precedente deve togliere a questa l'efficacia per la recidiva. Propose l'emendamento dell'art. 75 nel modo seguente: « Chiunque già condannato per un delitto ne commette altro entro il termine di dieci anni dal giorno in cui ha scontato la pena o questa rimase altrimenti estinta, se trattasi di pena restrittiva della libertà personale non eccedente i cinque anni, o entro il termine di anni cinque per altre pene, non può essere condannato per il nuovo delitto al minimo della pena incorsa ».

La Commissione di revisione fece sua la proposta senatoria per togliere l'inconveniente, che sarebbe derivato dal Progetto ministe-

---

[1]) Nei vari Progetti, come si è visto, era prevalso anco il principio della *temporaneità*. Nel Codice sardo era stato accolto quello della *perpetuità*.

[2]) *Relaz. minist.*, n. LXIII.

[3]) Il Progetto, come si è notato, contemplava solo la recidiva *specifica*.

riale, cioè, dal decorrimento del termine per
cora che in taluni casi si fosse espiata la re

Così veniva fuori la disposizione della *pr*
in cui venne fissato il termine di dieci anni,
sia stata superiore ai cinque anni di durata,
tutti gli altri casi [1]).

La prescrizione di un termine per la pur
recidività trovasi nella maggior parte dei Co
che il ritorno al delitto non può avere semp
nazione nel disprezzo alla legge, e che un p
cuità mostra che, se la ricaduta avviene, non
a delinquere, ma da circostanze estrinseche d

Alcuni giuristi tuttavia si sono dichiarati c
temporaneità dello stato di recidivanza, e sp
parte dei positivisti. Scrisse il Garofalo che
danne entro un termine arbitrariamente fissat
mente negativo, ed il riprodursi del delitto a
è una prova della tenacità degli impulsi cri
nella loro manifestazione, ma pronti a ricomp
vorevole [3]). E censure sono state fatte al nost
stabilito arbitrariamente i termini di 10 o 5
per escludere lo stato di recidività. E non a
vero, non si sa comprendere per quale ragion
o ammettere che non mostri ostinazione nel d
ricade nel reato dopo 10 o 5 anni dalla espia
l'estinzione della condanna per precedente rea
necessariamente chi ricade prima di quei term

È sembrato però a non pochi giuristi che
un reato all'altro non possa essere trascurato,
perchè, se un lungo intervallo di tempo fra l'
ceduto, è da supporre che il nuovo reato sia
circostanze estranee alla *natura* del delinquent
nel determinare il criterio da dovere seguire
la giusta importanza per gli effetti della recid

Dottrina priva di solido fondamento scienti

---

1) Vedi *Relazione del Ministro al Re*, XLVI.

2) Vedi SACKER, op. cit., pag. 113; CRIVELLARI, (
pag. 223.

3) GAROFALO, *Criminologia*, pag. 368, II ediz.; MA
LOMBROSO, PORTO ed altri, in *Appunti*, ecc.

del Carrara, il quale ha cercato una via conciliativa tra il sistema della *perpetuità* e quello della *temporaneità,* proponendo che si mantenesse il condannato nello stato di recidivanza, ma si diminuisse la pena in ragione dell'intervallo decorso dal giorno dell'ultimazione della pena al giorno del nuovo delitto [1]). E non ha fondamento scientifico, perchè, tanto se si ammetta come principio giustificativo dell'aggravamento di pena l'insufficienza relativa della pena precedente, quanto se si ritenga, che il principio sia il maggior disprezzo della legge mostrato dal recidivo, la prossimità maggiore o minore del nuovo reato alla condanna od alla punizione del primo non può essere criterio sicuro del *grado* di *insufficienza* relativa della precedente pena o del *grado* di *disprezzo* della legge.

Solo il magistrato è in condizione di potere giudicare lo stato psicologico del recidivo, constatare la necessità o meno di un aggravamento e determinarne il grado.

Onde ci sembra che sia preferibile alle dottrine fin qui esposte la dottrina degli scrittori non pochi, che sostengono, che debba lasciarsi arbitro il giudice di aggravare o non aggravare la pena al recidivo [2]).

E crediamo che questa dottrina sia preferibile alle altre, perchè ha base nei risultati della *psicologia criminale,* i quali ci insegnano che non tutti coloro che ricadono nel delitto dopo lungo tempo sono perciò stesso meno pericolosi o perversi di quelli che ricadono dopo breve tempo trascorso dall'espiazione della pena, mentre che alcuni di questi ultimi possono non essere affatto perversi e pericolosi, perchè poterono essere spinti al delitto da circostanze eccezionali.

Non è, dunque, ragionevole che si stabilisca un termine per ammettere od escludere la recidiva [3]).

Bisogna però che quest'ultima dottrina si renda completa, affinchè risponda nella sua applicazione ad una efficace tutela dell'ordine giuridico.

Come non è esatto che si stabilisca un termine di purgazione della recidiva per tutti i recidivi, così non è esatto che si stabilisca per tutti i recidivi, che rivelano profonda perversità di animo, un

---

[1]) Carrara, op. cit. Seguirono questa dottrina il Crivellari, op. cit., pagina 223, Canonico, op. cit., pag. 343; Berner, op. cit., pag. 265.

[2]) Vedi Pessina, op. cit.; Conti, op. cit.

[3]) Il Pessina sostiene, che la circostanza della recidiva debba essere rimessa al prudente arbitrio del giudice di fatto, ma che sia necessario che abbiasi come limite insuperabile di esasperazione il massimo della pena legale (op. cit., 300.

aggravamento di pena che non possa sorpassare certi limiti. Vi sono recidivi, come già si è detto, che sono *incorreggibili*, e questi debbono essere separati per sempre dalla società o almeno per un tempo abbastanza lungo fino a che essi non saranno ridotti all'impotenza di nuocere [1]).

Non è che vogliasi ottenere colla lunga prigionia, a cui si sottopone il recidivo, l'emendamento morale di lui, il che sarebbe fuori dell'orbita del diritto di repressione, ma si spera rendere idoneo alla vita sociale chi si è reso più volte ribelle.

Le considerazioni fin qui fatte dimostrano che è arbitraria la duplice determinazione di termine fatta dal Codice per stabilire la durata varia dello stato di recidività, e che una riforma opportuna sarebbe quella di lasciare arbitro il giudice di aggravare la pena per gli incorreggibili e di non aggravarla per quei recidivi, che non mostrano, sia per l'indole loro, sia per le circostanze speciali in cui il reato fu commesso, di essere *incorreggibili*.

§ 9.

Per istabilire se vi sia o no recidiva a termini dell'art. 80 Cod. pen., il magistrato deve esaminare la sentenza o le sentenze precedenti di condanna, che, come già si è detto, debbono essere *irrevocabili*, perchè è necessaria la *prova* o l'*accertamento* della recidiva.

Nella maggior parte degli Stati europei l'accertamento si ottiene colla esibizione della sentenza o delle sentenze precedenti. Degno di considerazione è il *casellario antropometrico* Bertillon, istituito in Francia allo scopo di iscrivervi non solo le condanne, ma anco di descrivere i dati antropometrici atti ad identificare i condannati. Ed oramai dai criminalisti di qualunque scuola si riconosce la necessità delle annotazioni antropometriche per l'*identificazione* dei delinquenti e per la prova sicura della recidiva [2]).

Presso noi la prova della recidiva si ottiene coi certificati pe-

---

[1]) Vedi per la dottrina dei positivisti FERRI, *Sociologia criminale*, pag. 342; GAROFALO, *Criminologia*, pag. 368; PORTO, *Appunti* cit., pag. 213; POLETTI, *L'azione normale*, pag. 134; FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, pag. 384.

[2]) Vedi COSENZA, *Il casellario giudiziario* (in *Giur. ital.*, an. 1894). Vedi la Legge 30 giugno 1902 sul *casellario giudiziale*, ed il *Regolamento* correlativo del 13 aprile 1902.

nali estratti dal casellario. Non bisogna quindi prestar fede nè alla confessione dell'imputato, nè alle deposizioni di testimoni.

Si discute se, per ammettere la recidiva, sia necessario che la prova di essa venga data nella *sentenza di rinvio* o nell'*atto di accusa*, trattandosi di cause di competenza della Corte di Assise, o nell'*ordinanza* della *Camera di Consiglio* od in quella di *rinvio* del *giudice istruttore*, trattandosi di altre cause.

Fu sostenuto da alcuni interpreti della legge (poichè non evvi disposizione nel Codice) che la prova della recidiva deve emergere da uno di quegli atti procedurali, e non si può più offrire dopo l'apertura del dibattimento, perchè trattasi di una circostanza aggravante che ha influenza sulla pena, ed è contrario ai principî fondamentali del processo accusatorio, che l'accusato o l'imputato si trovi improvvisamente aggravato di un'imputazione, contro la quale non può pienamente difendersi [1]).

È sembrata ad altri troppo rigorosa questa interpretazione data alla legge, perchè, si è detto, se si comprende la necessità della indicazione in quegli atti processuali delle circostanze aggravanti inerenti al fatto imputato, non la si può comprendere più quando si tratta di *recidiva*, che è circostanza estranea al fatto e giuridicamente certa. E se mai potesse sorgere dubbio, in seguito a contestazione da parte del giudicabile, che il certificato penale non lo riguardasse, si potrebbe rinviare la causa per un sicuro accertamento della recidiva [2]).

Crediamo che sia da preferirsi quest'ultima interpretazione, perchè la recidiva è circostanza estranea al reato, di cui si giudica, e si prova col certificato penale, cui nessun equivalente potrà supplire. Se contestazione sorgesse da parte della difesa sulla identità della persona, il rinvio della causa sarebbe provvedimento di garanzia per la giustizia. Ma, se il giudicabile ammette le pene inflittegli in conformità al certificato, sarebbe illogico ed ingiusto escludere l'aggravante, solo perchè per negligenza del magistrato, o per altra circostanza che fu di ostacolo, la prova della recidiva si fornisce dopo la contestazione della causa, durante il pubblico dibattimento [3]).

---

[1]) NICOLINI, op. cit.; VISMARA, op. cit.; MOSSA, op. cit.

[2]) CRIVELLARI, op. cit., vol. IV, pag. 414; MANZINI, op. cit., pag. 288: ALIMENA, op. cit., pag, 617. Anco la maggior parte dei criminalisti francesi sostiene questa dottrina. Vedi CHAUVEAU et HELIE, op. cit.; TREBUTIEN, *Cours*, ecc. I, pag. 297 ed altri.

[3]) Anco la Corte di Cassazione ha così ritenuto. Vedi fra le altre sentenze quella del 9 aprile 1897 (in *Riv. pen.*, XLVII, pag. 608).

Ma per ammettere la recidiva è necessario
nele, estratto dal casellario giudiziario, esista
timento. Onde è da respingersi l'opinione di
quali credono che in base ad un certificato d
bilimento penale o ad una dichiarazione dell'u
rezza, che attestano la recidività del giudicabi
fermi il fatto, il magistrato debba ammettere

Questa opinione non solo è contraria ai pr
diritto, che stanno a base di tutte le garanzie
allo spirito della nostra legislazione, quale si
dell'art. 801 Cod. proc. pen.

È contraria a quei principî, perchè la con
non esclude la possibilità di un errore giuridi
che si affermi che una prima sentenza di cond
giudicabile, ma è necessario che si constati
quelle condizioni che la legge richiede tanto p
quanto per la recidiva *specifica*. Tale esame è
certificato penale, dal quale appunto si desum
l'indole del reato, il tempo della condanna, ecc

È contraria poi quell'opinione allo spirito
perchè nel *titolo VIII, cod. proc. pen.* — *Del
caso di distruzione o sottrazione delle carte di
ordinanza o sentenza,* all'art. 801 è disposto ch
per tutti gli effetti la sentenza di condanna no
è presentata nè in originale nè in copia aute
come se non avesse mai esistito, e non può ser
nunciare la pena di recidiva determinata dalla

Or da questa disposizione si deduce che, q
creduto recidivo, non abbia scontata la pena, s
non può essere considerato recidivo. E crediam
ispirò il legislatore a dettare questa disposizion
escludere la *recidiva* nel caso, in cui non si pos
tificato penale estratto dal casellario, perchè si
ficare quegli inconvenienti, che dal legislatore si
disposizione dell'art. 801.

Concludiamo perciò riconfermando che lo sta
può essere in altro modo provato se non col ce

Or l'esame di questo spetta al magistrato tc

---

[1]) HAUS, op. cit.; CRIVELLARI, op. cit.

nanti alle Corti di Assise, perchè la questione che può sorgere intorno all'esistenza o meno della recidiva è questione di diritto. Difatti gli elementi che sono stati richiesti dal legislatore, perchè si ammetta la recidiva, sono elementi strettamente giuridici (*irrevocabilità* della sentenza, *termini* speciali, ecc.) [1]).

Si è sostenuto il contrario da coloro, i quali credono che la recidiva sia una circostanza aggravante l'*imputazione*, perchè di questa il giudizio spetta alla *giuria* esclusivamente [2]).

Sembraci che sia un errore far dipendere la risoluzione del quesito sopra indicato dalla risoluzione dell'altro intorno alla natura della recidiva, se cioè sia circostanza aggravante l'*imputazione* o la *pena*. Bisogna invece muovere dalla determinazione dei concetti giuridici di questione di *diritto* e di questione di *fatto* per giungere ad una risoluzione esatta di quel quesito.

Una questione, la quale riferiscesi all'indagine del concorso o meno di soli estremi giuridici, non può essere che una questione di *diritto*. E poichè abbiamo visto che gli estremi che la legge richiede perchè si ammetta la recidiva sono tutti estremi di diritto, così non è a dubitare che la questione intorno alla sussistenza della recidiva è questione di *diritto*.

Evvi tuttavia una questione di fatto, che può sorgere nell'applicazione del disposto di legge nella recidiva, quella, cioè, della *identità* della persona del colpevole con la persona che dal certificato penale risulta esser stata precedentemente condannata. Se contestazione sorge sull'*identità* di persona, la questione, a nostro giudizio, deve essere risoluta dalla *giuria*, perchè riferiscesi alla constatazione del concorso o meno di alcuni estremi di *fatto*, che influiscono sulla misura della *responsabilità* del giudicabile [3]).

Dunque, spetta al magistrato togato esaminare la sentenza pre-

---

[1]) Molti scrittori sostengono questa tesi. Vedi per noi CRIVELLARI, op. cit., pag. 416; ANDREOTTI, *Recidiva* (in *Enciel. giur.*, vol. XIV); ALIMENA, op. cit., pag. 619; VISMARA, op. cit., pag. 142; MAJNO, op. cit., n. 443; BORSANI e CASORATI, *Codice di proc. pen.*, V, § 1867. La giurisprudenza seguì questa dottrina.

[2]) CARNOT, op. cit.; SALUTO, *Commento al Codice di proc. pen.*, V, n. 1755; TRAVAGLIA, *Il nuovo Codice penale*, II, pag. 326).

[3]) Oggi si è resa agevole l'identificazione dei delinquenti e quindi dei recidivi col metodo antropometrico del BERTILLON. Vedi BERTILLON, *L' identité des récidivistes et la loi de la relegation;* L. ANFOSSO, *Il segnalamento dei delinquenti ed il nuovo antropometro* (in *Archivio di psichiatria*, ecc., vol. IX); ALONGI, *Manuale di polizia scientifica,* Milano, 1899.

cedente di condanna, metterla in rapporto con la responsabilità penale incorsa dal giudicabile per il nuovo reato, e giudicare sull'esistenza o meno della recidiva.

Si è mosso qualche dubbio intorno ai limiti della facoltà attribuita al magistrato di esaminare la precedente sentenza di condanna prima di dichiarare la recidiva, poichè si è disputato se il magistrato possa fare indagini sulla giustizia o meno della sentenza di condanna.

Se non erriamo, è dottrina comune che il magistrato non possa fare tale esame, non solo per il rispetto che si deve alla *cosa giudicata*, ma anco perchè nessuna disposizione di legge attribuisce una facoltà così esorbitante ed illegittima al magistrato [1]).

§ 10.

Si è detto che nell'art. 80 si stabiliscono due termini diversi per la purgazione della recidiva, secondo la gravità dei reati, cioè il termine di dieci anni, se la pena precedente fu superiore ai cinque anni di durata, e il termine di cinque in tutti gli altri casi.

Or per disposizione dello stesso articolo l'uno e l'altro termine decorrono dal giorno, in cui la *pena* fu *scontata* o la *condanna estinta* [2]); e nell'uno e nell'altro termine sono compresi il *dies a quo* ed il *dies ad quem*.

È sorto il dubbio se nel caso, in cui il condannato sia stato sottoposto alla *vigilanza speciale* dell'Autorità di pubblica sicurezza, il termine debba decorrere dal giorno in cui cessa la espiazione della pena o dal giorno in cui cessa la vigilanza.

Tutti gli interpreti della legge, se non ci inganniamo, hanno considerato che la *vigilanza speciale* non è una *pena*, perchè non trovasi tra le *pene* stabilite dal Codice (art. 11), ma un provvedimento o misura di prevenzione, che si aggiunge alla pena (art. 28 Codice pen.) ed hanno perciò concluso che il termine, di cui all'art. 80,

---

[1]) Carrara, op. cit., pag. 151; Buccellati, op. cit., pag. 224; Berner, op. cit., pag. 263.

[2]) Abbiamo già notato la differenza tra il Codice ed il Progetto e non fa d'uopo ripetere il già detto. I modi, nei quali si estinguono le condanne, sono indicati agli art. 85, 86, 87, 95, 96, 101 Cod. pen.

deve decorrere dal giorno in cui cessò l'espiazione della pena [1]. La interpretazione data alla legge è esatta; ma dal punto di vista scientifico dubitiamo dell'esattezza del principio, perchè la misura di prevenzione inflitta per sentenza presuppone il dubbio intorno alla correzione del colpevole dopo la espiazione della pena, e quindi il timore che possa, disprezzando la legge, ricadere nel delitto.

Giustamente è stato avvertito che bisogna considerare come distinto il termine per la *prescrizione* della *pena* da quello per la *purgazione* dello stato di *recidiva*. Scrive l'Impallomeni che vi sono termini di prescrizione della pena più brevi del termine di cinque anni stabilito dall'art. 80, e sono quei termini, di cui è menzione nell'art. 95, n. 4 e 5, che riguardano le pene dell'*arresto*, della *sospensione* dall'*esercizio* di una *professione* o di un'*arte*, ecc. I termini stabiliti in quest'ultimo articolo, se furono stimati tali, osserva il citato scrittore, da fare sì che l'esecuzione della condanna fosse inutile, perchè non rispondente allo scopo di riparazione pubblica della pena, non servirebbero ugualmente allo scopo di dimostrare inesistente quella maggior pericolosità dell'agente, che dà ragione dell'aggravante della recidiva; ed oltre a ciò potrebbe anche avvenire, che il termine necessario per la prescrizione della condanna fosse decorso mentre la pena inflitta con la precedente condanna sia in corso di espiazione [2].

La *liberazione condizionale* ottenuta dal condannato a termini dell'art. 16 cod. pen. non ha per Diritto positivo alcuna efficacia sulla decorrenza dei termini, perchè, per il *capoverso* dell'art. 17, *scorso tutto il tempo della pena inflitta senza che la liberazione condizionale sia revocata, la pena rimane scontata.* Dunque il tempo trascorso in *liberazione condizionale* si considera come tempo di *espiazione* della pena [3].

L'art. 80 Cod. pen. stabilisce la nozione generale della recidiva: onde tutte le volte che nel Codice si accenna alla recidiva bisogna che questa si applichi nei limiti segnati da quell'articolo. Onde fu

---

[1]) CRIVELLARI, op. cit., pag. 388; MAJNO, op, cit., pag. 425; ALIMENA, op. cit., pag. 203; MANZINI, op. cit., pag. 196, ANDREOTTI, op. oit., pag. 50. Anche prima della promulgazione del Codice il PUCCIONI aveva sostenuto la stessa dottrina (*Cod. pen. illustr.*, vol. II, pag. 283).

[2]) IMPALLOMENI, op. cit., pag. 289).

[3]) Non comprendiamo perchè non si debba equiparare il tempo trascorso in *vigilanza speciale* e quello trascorso in *liberazione condizionale* per gli effetti della *recidiva*.

rettamente deciso dalla Corte di appello di
volta che l'eccezione stabilita nell'ultima par
pen. deve essere intesa in relazione all'art. 8
sere escluso dai benefici dell'art. 431 il cond
tro la proprietà, che abbia commesso oltre i
altro delitto della stessa indole. E giustamen
altrimenti si facesse, si giungerebbe al gravis
creare una nuova categoria di recidivi dal Co
e di interpretare la legge penale estensivame
tato, ciò che non è mai permesso e molto me
di recidiva [1]).

Prima dell'ultima legge sul *casellario giudi*
cile per il magistrato l'accertamento della d
stabiliti dall'art. 80, perchè nel certificato pen
giorno, in cui la sentenza era divenuta irrevo
la espiazione della pena era cessata. Ora è ag
tima parte dell'art. 1 è disposto che « trattan
nale, è fatta menzione del modo e tempo in c
tata, ovvero, se non lo fu in tutto od in parte
grazia, liberazione condizionale o per altre ca

§ 11.

Passiamo ora all'esame dell'*aggravamento* d
nostro legislatore per la recidiva *generica*.

È a dubitare se trattisi di un vero *aggr*
disposto nella prima parte dell'art. 80 che il
punito col minimo della pena incorsa per il nuo

Nella dottrina, a dire il vero, diversi crite
l'aggravamento della pena, ed anco diverse n
nei vari Codici.

Quei criteri possonsi ridurre a tre fondame

1.° stabilire una pena *accessoria* per i re

2.° *aumentare* semplicemente la pena con
reato, oppure render più dura questa stessa p

---

[1]) Sentenza 12 marzo 1890 (in *Monitore dei tribun*
stesso senso MAJNO, op. cit,, pag. 252; ANDREOTTI, op

[2]) Fin dal 1896 il COSENZA aveva dimostrato la n
Vedi *Il casellario giudiziario* (in *Giurispr. it.*, an. 1896).

3.° stabilire il passaggio dalla pena ordinaria ad una *specie superiore* di pena.

Nel Codice toscano era sancito l'aumento nella *durata* della nuova pena, ed era permesso di estenderla sino alla metà di questa. Il Codice sardo ammetteva l'aumento di grado della pena in alcuni casi, in altri l'*inasprimento* della pena.

Se consideriamo i diversi Progetti, osserviamo che prevalente fu il sistema dell'aumento della *quantità* della pena stabilita per il nuovo reato.

Nell'ultimo Progetto, come si è detto, non era stata contemplata la recidiva *generica*, ma fu accolta in seguito al voto del Parlamento. La Commissione senatoria infatti fu quella, che formulò la nuova disposizione, attribuendo alla recidiva generica il solo effetto giuridico di vietare al giudice il discendere al minimo della pena per il nuovo reato.

La Commissione reale di revisione non accolse la proposta senatoria, ed il Lucchini adduceva, come ragione per respingerla, che la semplice condizione di non potersi mai applicare il minimo della pena avrebbe reso il più delle volte irrisorio l'aggravamento. Basterebbe infatti, diceva egli, dare un giorno più del minimo per adempire il precetto della legge [1]).

Il Ministro accolse la proposta del Senato, ma sentì il bisogno di rispondere a quest'ultima grave obbiezione osservando che « è questo l'unico caso in cui il Codice commina tale sanzione. L'aumento può essere invero assai tenue, ma non solo giova confidare che il magistrato farà savia applicazione del precetto di legge; ma importa anche riflettere che, praticamente, più del valore intrinseco della sanzione, sono importanti gli effetti giuridici che ne conseguono, come, ad esempio, in tema di liberazione condizionale (art. 16), di riabilitazione (art. 100) e negli altri casi, nei quali la legge esclude il recidivo da un beneficio o gliene rende più difficile il conseguimento e lo assoggetta a speciali prescrizioni » [2]).

Ma giustamente si è osservato che queste considerazioni non hanno alcun valore giuridico, perchè i recidivi per lo più non tengono in alcun conto gli effetti cennati, che conseguono dalla sentenza di condanna [3]).

---

[1]) *Verbali* cit., pag. 219.

[2]) *Relazione* cit., XLVI.

[3]) Majno, op. cit., pag. 254: Manzini, op. cit., pag. 207.

Aggiungasi d'altra parte, che non può in modo assoluto ritenersi che la recidiva *generica* sia di minore pericolo, per la società, della recidiva *specifica;* e perciò per alcuni recidivi è anco irrisoria l'inflizione del *massimo* della pena stabilita per il nuovo reato.

Dalla disposizione della legge, che stabilisce che la recidiva *generica* importa solo divieto pel magistrato di applicare il minimo della pena incorsa dal delinquente per il nuovo reato, e dalle considerazioni fatte nella Relazione ministeriale al Re, e che sopra abbiamo riprodotte, risulta che la recidiva *generica* non è una circostanza di *aumento* di pena, e forse anco potrebbe dirsi colla Cassazione che neppure costituisce una *vera* e *propria circostanza aggravante* [1]). Trattasi di un *precetto* imposto al magistrato di non applicare il *minimo* della pena.

Da ciò segue che la recidiva *generica* non può essere considerata in ultimo luogo, quando concorrano circostanze di aumento e circostanze di diminuzione, e neppure dopo le circostanze attenuanti generiche [2]).

Nè osta a tale interpretazione il disposto dell'art. 29 Cod. pen., per il quale concorrendo circostanze di aumento e di diminuzione, debbono esser valutate per ultime, e nell'ordine seguente: l'*età,* lo *stato di mente,* le *attenuanti,* prevedute nell'art. 59, e la RECIDIVA, perchè per i motivi esposti, la *recidiva,* di cui è cenno in quell'articolo, non può essere che la *specifica,* la sola che per il Codice è circostanza di *aumento* della pena. Aggiungasi che nella *Relazione ministeriale* al Re sulle modificazioni apportate all'art. 29 è detto che il caso della recidiva in questo previsto, è quello *più grave,* cioè quello della recidiva *specifica,* « che produce l'effetto di prolungare, nella pena della reclusione, il periodo della segregazione cellulare continua » [3]).

Nell'ultimo *capoverso* dell'art. 80 evvi un precetto, che, sebbene si riferisca alla recidiva *specifica,* pure è conveniente che sia esaminato in questo luogo.

Si prescrive in quell'articolo che « in nessun caso l'aumento stabilito nelle disposizioni precedenti può applicarsi in misura superiore alla più grave delle pene anteriormente inflitte ».

Per la retta interpretazione di questo disposto della legge bisogna premettere:

---

[1]) Sentenza 11 febbraio 1895 (in *Cassaz. Unica,* vol. VI, col. 242).

[2]) In questo senso la Cassazione nella sentenza sopra ricordata.

[3]) *Relazione* cit., XVII.

1.° che la norma stabilita nel *capoverso* dell'art. 80 fu raccomandata dal senatore Maiorana Calatabiano nella discussione al Senato al fine di evitare che si attribuisse alla condanna anteriore un'influenza aggravante che eccedesse lo stesso proprio valore penale;

2.° che il Ministro nella sua *Relazione al Re* dichiarò che la disposizione cennata provvede a far sì che l'aumento di pena conseguente alla recidiva non divenga esorbitante, e che tale sarebbe se, trattandosi di una prima recidiva, la misura dell'aumento superasse la pena più grave incorsa con le precedenti condanne, che possono riferirsi a reati lievissimi in confronto al reato, riguardo al quale ha effetto la recidiva [1]);

3.° che nel sistema del nostro Codice non vi può esser alcun nesso tra recidiva *generica* e recidiva *specifica*, perchè sono due circostanze che producono, come già si è detto, effetti giuridici molto diversi.

Da ciò le conseguenze, che la disposizione del *capoverso* si applica solo alla recidiva *specifica*, e che nel caso di concorso di recidiva *generica* con recidiva *specifica* non si può tener conto alcuno delle pene inflitte per la prima.

Si è sollevato il dubbio se, quando per le circostanze speciali del fatto il magistrato abbia applicato una pena di misura superiore al minimo stabilito dalla legge, possa poi aumentarlo a causa della recidiva [2]).

Il dubbio, a nostro giudizio, non ha fondamento alcuno, perchè l'art. 80 vieta al magistrato di applicare il minimo della pena nel caso di recidiva; resta egli quindi libero di applicare la quantità di pena che crede giusta fino al massimo. Ed è strano poi che, data la chiara disposizione della *prima parte* dell'art. 80, si parli di *aumento* di pena.

Di altri dubbi sorti per l'applicazione della pena ai diversi casi di recidiva *specifica*, a termini dell'art. 80, diremo, trattando di quest'ultima.

---

[1]) *Relazione* cit., XLVI.

[2]) Per l'affermativa il CRIVELLARI, op. cit., per la negativa D'ANTONIO, *Intorno alla prima parte dell'art. 80* (in *Riv. pen.*, XXXV); ANDREOTTI, op. cit.; MANZINI, op. cit., pag. 208.

CAPO II.

Della recidiva specifica.

§ 1.

La recidiva *specifica* è contemplata dal nostro Codice nel *primo capoverso* dello stesso art. 80, nel quale è stabilito: « se il nuovo reato sia della stessa indole di quello per il quale è stata pronunziata la precedente condanna, il colpevole soggiace ad un aggravamento della pena incorsa, secondo le norme seguenti », ecc.

Prima di tutto è da notare che per la recidiva *specifica* sono ri chiesti gli estremi e le condizioni precedentemente esposte per la recidiva *generica*, cioè, che un nuovo reato sia commesso dopo una precedente sentenza irrevocabile di condanna, e che non sia trascorso un certo tempo dal giorno in cui la pena fu espiata o la condanna estinta, ecc. L'estremo differenziale è solo questo, che il *nuovo reato sia della* STESSA INDOLE *di quello, per il quale è stata pronunziata la precedente condanna.*

Di conseguenza valgono per tutti gli estremi *comuni* alle due specie di recidiva le considerazioni che abbiamo già fatte, trattando della recidiva *generica*, e consideriamo l'estremo, per il quale la recidiva *specifica* si distingue da quella *generica*.

La recidiva *specifica*, come già si è detto, era prevista dalla maggior parte dei Progetti ed è contemplata dalla maggior parte delle moderne legislazioni. Ad essa si è data ai giorni nostri maggior importanza che non alla *generica*, perchè è stata considerata come una forma più grave di questa. Il quale concetto non è del tutto esatto, poichè talora la recidiva *generica* è più grave della recidiva *specifica*, e norme assolute intorno all'una ed all'altra non possono stabilirsi. E di ciò si sono convinti, se non i criminalisti, che seguono un indirizzo metafisico, certamente i seguaci delle dottrine positive ed i cultori delle scienze penitenziarie, tanto vero che vediamo come si vada in cerca di termini conciliativi fra le dottrine estreme. Ricordiamo, che nel *V Congresso penitenziario internazionale* di Parigi fu approvata la proposta di ammettere la recidiva *generica* accanto a quella *specifica*, ma di escludere dall'aggravamento stabilito per quest'ultima quei reati, *che non rivelano animo veramente perverso nel delinquente.* Come vedesi, tende a prevalere la dottrina che la reci-

diva non deve considerarsi per sè stessa causa aggravante la responsabilità, ma solo come circostanza, che *può* rivelare una maggiore *temibilità* del delinquente.

Ad ogni modo, il nostro Codice ha dato minima importanza alla recidiva *generica*, e maggiore, non massima, alla recidiva *specifica.*

Non lievi difficoltà però si sono presentate agli scrittori ed ai legislatori per determinare esattamente la nozione di recidiva *specifica*, di quella recidiva, cioè, che rivela la maggiore *perversità* d'animo del delinquente, la *persistenza* nel mal fare.

E, poichè si è creduto che questa possa indursi dalla *natura* dei reati commessi, si sono fatte indagini accurate, ma, a nostro giudizio, non tutte conducenti allo scopo, per stabilire *quali reati* rivelino questa maggiore perversità d'animo, e quali *caratteri* debbano avere i reati commessi in tempi diversi dal delinquente, affinchè questi possa essere colpito da grave punizione, come maggiormente *pericoloso* di tutti gli altri delinquenti per la società.

Senza dubbio, della natura del reato bisogna tener conto per giudicare dell'indole del delinquente, perchè l'azione antigiuridica è estrinsecazione di un determinato gruppo di *stati di coscienza* divenuti *impulsivi* per il concorso di vari *fattori*, non ultimi i fattori *organici.* Ma non è l'azione in sè stessa solamente considerata, che è indice dello speciale stato psicologico del delinquente. Si debbono considerare gli altri fattori, che concorsero a determinarlo. Or ciò si è trascurato dalla maggior parte degli scrittori, e quindi dalle ricerche da loro fatte sono venuti fuori criteri diversi per stabilire in quali casi debba la recidiva considerarsi *specifica.*

Per amor di brevità ci limiteremo a notare che i *criteri* proposti sono alcuni *obbiettivi*, altri *soggettivi.*

I primi sono desunti dalla *natura* del *diritto* offeso o del *bene giuridico*, contro il quale fu diretta l'azione del delinquente. Essi presuppongono una scientifica classificazione dei reati. E poichè i più ritengono che la recidiva *specifica* non può avere per fondamento che l'*abitualità* a delinquere, così hanno considerato come estremo necessario di quella o l'*identità* del diritto offeso o l'*omogeneità di genere*, o la *omogeneità di specie*, o l'*affinità* tra reati appartenenti a *generi* o *specie* diverse, o la *medesimezza d'indole* dei reati, ecc.

L'*identità* può essere *assoluta* o *relativa.* Sembra ad alcuni che la prima non possa dar luogo a dubbio alcuno per ammettere la recidiva *specifica*, sebbene diversi possano essere i *moventi.* Ritiensi così, ad esempio, che colui che, condannato per *omicidio*, commetta altro omicidio debba necessariamente considerarsi come recidivo *spe-*

cifico. Ma non ci sembra ciò esatto, perchè, (
osservato, la ricaduta in delitto identico o di'
dice di maggiore perversità. E già il Garofal(
uomo condannato per lesione personale comm(
difesa, uccide l'amante di sua moglie scoperto
qui due fatti di sangue: nondimeno così l'u
porta così viva l'impronta del delitto occasio
parlare di tendenze antisociali persistenti. N(
specifica quest'individuo non merita un aggra\

Nè l'identità *relativa* è criterio sicuro per
specifica, quale indice di maggiore persistenza
osservare infatti coll'Impallomeni che tale iden
sempre ai fini che il legislatore si propone ne
giacchè essa deve sopra tutto rilevare identi
carattere delittuoso. Un danneggiamento e ur
mente a loro obbiettivo giuridico il danno del
la diversità del movente, che è proprio di tali
denze delittuose diverse [2]). Sembra tuttavia a
ad evitare inconvenienti occorra adottare il (
movente.

Aggiungasi inoltre che il criterio dell'*identit*
come già si è detto, una esatta *classificazione*
dire il vero, ha presentato sempre non lievi d
dedurre, che quel criterio non è di facile appl

Le ragioni generali sopra esposte per most
criterio dell'identità *assoluta* o dell'identità *rel(*
stificare la più grave punizione della recidiva
tutelare l'ordine sociale valgono anco per comb
dell'*omogeneità* di *genere* o di *specie,* ecc. E l
criminalisti riconosce appunto le difficoltà, e p
insuperabili, che si presentano per determin
omogenei.

Constatata l'insufficienza dei criteri *obbietti*
essere che criteri di indole essenzialmente *giu*
altri scrittori dovere ricorrere a criteri *soggetti*
essere che criteri *psicologici.*

E la dottrina, che ai giorni nostri tende a

---

[1]) GAROFALO, *Appunti* cit., pag. 135.

[2]) IMPALLOMENI, op. cit., pag.

dei *moventi* delittuosi, poichè si ritiene che da una esatta classificazione di questi si possa giungere ad una esatta determinazione della recidiva *specifica,* facendo consistere questa nella ripetizione di reati prodotti dal *medesimo movente.*

Un tentativo di classificazione dei *moventi* per gli effetti della recidiva si deve al Sacker, cui aderì il Manzini, che cercò tuttavia apportare alcune modificazioni per renderla, a suo giudizio, più completa e di più facile applicazione [1]).

Non è qui il luogo opportuno per fare un esame critico di queste classificazioni; ma solo notiamo che, se difficile è la classificazione dei reati per caratteri di *omogeneità* di *diritto* offeso, difficilissima è quella dei reati per *omogeneità* di *movente,* specialmente perchè, e ciò è abbastanza noto, non è facile disporre per gruppi i *motivi.*

Ma, comunque la si voglia pensare in tale argomento, a noi sembra che, data anco un'esatta distinzione di *moventi omogenei* disposti per gruppi, non si evitano gl'inconvenienti pratici, di cui si è fatto sopra cenno, e che sono stati indicati dai positivisti. E non si evitano, perchè si pretende che si imponga dal legislatore al magistrato l'obbligo di *aggravare* la pena nei casi, in cui evvi recidiva *specifica,* da desumersi dall'*identità* dell'*impulso* delittuoso, secondo le categorie prestabilite dallo stesso legislatore.

Or, come abbiamo detto, l'*identità* d'*impulso* non sempre è indice di maggior temibilità del delinquente, perchè *fattori* diversi ed *occasionali* possono concorrere alla determinazione dell'identico impulso.

Onde, anco ammesso che il legislatore debba stabilire le categorie di *impulsi* DELITTUOSI, l'aggravamento della pena dovrebbe essere rimesso all'arbitrio del magistrato, tanto più che reati collocati sotto la stessa categoria possono derivare da *cause,* e quindi da *impulsi* diversi, quantunque il legislatore abbia previsto, considerando i casi più frequenti, che essi siano determinati dallo stesso impulso.

---

[1]) Dei moventi delittuosi in generale si sono occupati molti scrittori ad incominciare dal ROMAGNOSI. Ma è opportuno consultare HOLTZENDORFF, *L'assassinio e la pena di morte;* FLORIAN, *La statistica dei motivi determinanti al reato;* CONTI in molti lavori e specialmente in *I moventi a delinquere ed il Codice penale italiano;* ed infine le opere di FERRI, GAROFALO, ecc.

Riguardo alla recidiva *specifica* i moventi sono stati studiati dal SACKER, op. cit., e dal MANZINI, op. cit.

§ 2.

La diversità dei criteri proposti o seguíti nella dottrina si con-
ıta anco nelle legislazioni. Difatti il criterio *psicologico* o *soggettivo*
seguíto dal Codice penale federale svizzero (art. 31, let. *d*, che
›hiede il medesimo *penchant coupable*), dal Codice sassone, dal pro-
tto del Codice penale austriaco, ecc. Il criterio della *omogeneità*
l *diritto* offeso è stato seguito dal Codice austriaco, dal Codice
l Canton Ticino, ecc.

Prevalgono le legislazioni, che determinano le *categorie* dei reati,
ıe possono dare luogo alla recidiva specifica, come, ad esempio,
olti Codici dei Cantoni svizzeri. Nè sono pochi quei Codici, che
sciano all'arbitrio del magistrato la decisione sull'omogeneità o meno
ei reati, come, ad esempio, il Codice di S. Marino, di Zurigo, di
erna, del Portogallo, ecc.

Relativamente ai progetti, che precedettero il Codice vigente, ab-
iamo già detto quali criteri siano prevalsi e quindi non fa d'uopo
ipetere il già detto.

Il Codice vigente ha seguíto un criterio complesso, poichè il le-
islatore ha cercato di integrare i diversi criteri fino ad ora pre-
alsi, imponendo però sempre al magistrato l'obbligo di aggravare
a pena nel caso di recidiva *specifica*, come del resto ha disposto
ınco per la recidiva *generica*.

Non è inopportuno esporre le ragioni, per le quali il legislatore
ıa seguíto un criterio speciale, che non trova completo riscontro
ıella maggior parte delle legislazioni e dei progetti precedenti.

Il criterio dell'*identità* del diritto offeso indotta dall'identità della
lisposizione di legge violata non fu seguíto, perchè a giudizio del
Ministro « circoscrivere la recidiva specifica al caso in cui i reati
siano preveduti dalla stessa disposizione di legge, sarebbe limitarne
di soverchio gli effetti, mentre il carattere specificatamente inchine-
vole al delitto si deve desumere anche dalla ricaduta in reati con-
simili od affini ».

Non sfuggirono però all'autore del Progetto le difficoltà serie,
che si presentano per istabilire questa affinità. Disporre che l'affinità
si dovesse desumere dal collocamento dei reati sotto il medesimo
titolo del Codice, come si era stabilito in alcuni Progetti ad inco-
minciare da quello del 1868, non sembrò criterio giusto nè sicuro,
perchè « vi sono reati congeneri sparsi in *Titoli* diversi (come sa-

rebbero, ad esempio, la truffa ed il falso monetario o documentale, l'oltraggio e la diffamazione) e reati di specie assai diversa compresi nello stesso *Titolo* soltanto in considerazione della loro obbiettività giuridica (come nello stesso progetto del 1868, ad esempio, la ragion fattasi, gli abusi dei ministri del culto, la calunnia e l'esimizione ».

Rilevata l'ingiustizia del criterio dell'***identità giuridica*** e dell'***omogeneità*** dei reati o della loro ***affinità*** per la determinazione della *recidiva **specifica,*** presentavasi all'esame il criterio dell'***identità*** od ***omogeneità*** dell'***impulso*** o ***movente*** delittuoso.

E questo criterio fu dal Ministro giudicato ottimo in generale, perchè rispondente al vero concetto che informa la recidiva ***specifica***. Ed un precedente molto importante trovavasi nella storia dei Progetti, perchè nel Progetto Mancini per la prima volta era stata riconosciuta la recidiva specifica nel caso di reati determinati dal ***medesimo** pravo **impulso*** (art. 84, § 1).

Il criterio però formulato in un modo così generale sembrò non scevro di inconvenienti e di assai difficile applicazione. Ritenne infatti il Ministro essere pericoloso l'affidarsi in modo esclusivo al criterio individuale del giudice nell'ammettere od escludere la medesimezza dell'impulso. Questi avrebbe potuto ravvisare lo stesso impulso (locuzione, di cui è tanto difficile fissare il significato) in reati d'indole assai disparata o non iscorgerlo in reati congeneri.

Credette il Ministro, dopo aver considerato i difetti di quei criteri separatamente presi, di adottare un criterio complesso e nel tempo stesso pratico [1]. Scriveva egli infatti nella sua ***Relazione***: « accettando in massima il criterio dell'***impulso,*** io mi detti a studiare se vi fosse modo di assicurarne l'applicazione con norme più pratiche e positive. E mi parve degno di particolare attenzione l'esempio del Codice toscano, il quale dispone che si hanno per reati della stessa specie, oltre a quelli che violano la medesima disposizione di legge, quelli ancora che sono rispettivamente riuniti in alcuni gruppi da esso Codice indicati. È quindi la legge stessa che determina il nesso di omogeneità desunto dalla natura dei reati, alla quale suole corrispondere l'indole dell'impulso e del reo » [2].

Così il Ministro credeva di aver completato e reso pratico il principio, che desume l'***affinità*** dei reati dall'***impulso*** a ***delinquere***. E stabiliva sette ***categorie*** di reati, ma in alcune di queste per necessità

---

[1]) Si noti, che nel progetto del 1883 aveva seguito altro sistema, per ragioni che precedentemente abbiamo indicato.

[2]) Era lo stesso sistema seguito nel Progetto del 1870.

di cose erano raggruppati reati, che erano pos
del Progetto.

Dall'indole dei reati disposti in gruppi nel
lazione ministeriale si deduce che i *moventi*
tenuti in considerazione furono: l'*avidità di luc*
dei propri simili, lo *spirito di distruzione,* la *li*

In seguito però alle osservazioni fatte dalle
mentari, ed in seguito alle discussioni che ebb
portate alcune modificazioni al Progetto.

Infatti per l'art. 75 la recidiva specifica si f
ricaduta in un reato della *stessa indole* di quell
stata sentenza irrevocabile di condanna. Nell'ar
« per gli effetti della legge penale, sono conside
indole non solo quelli ond'è violata una stessa
ma anche quelli indicati negli articoli del Co
riuniti sotto le lettere seguenti, ecc. ». L'indica
fatta colla menzione degli *articoli,* nei quali es

La Commissione senatoria aveva proposto
recidiva specifica dalla classificazione dei reati
toli del Codice.

Alla Commissione di revisione non sembrò]
sta proposta, perchè la *classificazione* dei *reati*
obbiettivo, mentre quella della recidiva doveva
da un criterio *subbiettivo,* cioè, desunto dalla n
delinquere.

Essa quindi mantenne il sistema dei raggru
testo ministeriale ed il criterio cennato.

Curò tuttavia di renderne più omogenea la
stribuzione, sostituendo alla semplice enuncia
articoli la designazione specifica dei *reati,* che
Nello stesso tempo essa, traendo partito della]
cui sopra abbiamo fatto cenno, designava com
indole anco quelli compresi in uno *stesso cap*
aveva riscontrato che nella formazione dei *capi*
coincideva col criterio *soggettivo* [1]).

Il Ministro accolse questa proposta; e così a
della *disposizione* di legge venne aggiunto que
capo, in cui i reati si trovano riuniti nel Codic

---

[1]) *Verbale della Commissione di revisione,* XVI, pag. 2

comandazione fatta da quella Commissione, il Ministro rivide e precisò meglio i gruppi di reati, ed all'indicazione numerica degli articoli, nei quali i reati erano preveduti, sostituì, in massima, l'indicazione nominale di questi reati per genere o per ispecie o per le modalità che li specificano, allo scopo di rendere più completa non solo, ma anco più proficua la legge [1]).

Dopo tali osservazioni la disposizione dell'art. 82, che ha per obbietto l'indicazione dei reati della *stessa indole*, non può riuscire oscura, sebbene dal punto di vista scientifico possa offrire argomento a gravi discussioni e critiche.

Risulta infatti chiaramente da quella disposizione che tre sono le categorie di reati ritenuti della *stessa indole* dal legislatore, cioè:

1.° reati *identici*, quelli appunto che costituiscono violazione della norma tutelata dalla *stessa disposizione* di legge;

2.° reati *omogenei*, cioè, quelli che sono preveduti in uno stesso *capo* del Codice;

3.° reati *omogenei*, che sono previsti in *capi* o *titoli* diversi del Codice [2]).

Questi ultimi sono stati distinti in otto *gruppi*, secondo il diverso impulso, da cui sono per lo più determinati. Il magistrato perciò deve attenersi alla indicazione fatta dal legislatore. E segue ancora che, per quei reati che non sono contemplati in quei gruppi, la recidiva *specifica* è solo possibile nei casi, in cui trattasi di *identità* o di *omogeneità* per ragione di collocazione sotto lo stesso *capo* del Codice.

§ 3.

Facciamo ora alcune considerazioni sui reati previsti dal legislatore quali reati della *stessa indole*.

Incominciamo da quelli, che violano la norma tutelata dalla *stessa disposizione di legge*.

Perchè due o più reati si ritengano *identici*, cioè, come azioni lesive della norma tutelata dalla *medesima disposizione di legge*, è necessaria la identità degli *estremi*, che li costituiscono, cioè tanto

---

[1]) Vedi la *Relazione al Re*, XLVIII.

[2]) Si scorge che il legislatore ha fissato l'omogeneità dell'impulso in base alla classificazione dei reati: ed in pari tempo si comprende che in molti casi essa non ha riscontro nella realtà. Vedi CIVOLI, op. cit., pag. 529.

dell'elemento *psicologico,* quanto del *materiale,* stessa stabiliti.

Le circostanze che aggravano o diminuisco cuno di essi non fanno venir meno, per gli efl *identità giuridica* richiesta dalla legge, perchè il concorso di quelle circostanze, il *bene giuri* l'azione fu rivolta è sempre lo stesso, e l'im muta [1]).

Nulla influisce l'essere quelle circostanze coı articolo del Codice od in articoli separati.

Questa è l'interpretazione, che ci sembra d considerando la lettera e lo spirito d'essa; sebl sta rigorosamente scientifico si possa osservare talune circostanze, diminuenti la responsabilit commessi dal recidivo, escludono quello special che è indice di maggior temibilità del delinque di colui, che fu dapprima condannato, a termin fanticidio *caussa honoris* e poscia viene condann messo per *eccesso di difesa.*

Ma di questi inconvenienti, che derivano (preventiva dei casi di recidiva specifica, abbia stanza, sicchè non fa d'uopo più insistervi. Sol gistrato dovrebbe tener conto delle circostanze caso per proporzionare con giustizia l'aggravam

Il precetto di legge, per il quale per gli eff considerano reati della stessa indole quelli che tutelata dalla stessa disposizione di legge, conc quanto le *contravvenzioni,* ed inoltre non solo i Codice penale, ma anco quelli che sono contemı

Questa interpretazione risulta in modo chiar di parecchie disposizioni del Codice. Difatti nel che le disposizioni del Codice si applicano ancl golate da altre *leggi penali,* in quanto non si *mente* stabilito. E nell'art. 3 il legislatore ha es i reati, dei quali non si deve tener conto per g diva, e fra quelli sono contemplati i *reati esc* che sono preveduti da un Codice diverso. Così

---

[1]) Vedi nostro *Manuale di diritto penale,* pag. 324; T *dice penale italiano,* vol. I, pag. 409.

l'art. 10 ha la sua conferma in quella dell'art. 83; e dall'una e dall'altra si deduce che le categorie di reati preveduti nell'art. 82 si estendono anco ai reati, che sono contemplati in leggi speciali [1]).

Si è detto che il legislatore considera anche reati della stessa indole quelli preveduti in uno stesso *capo* del Codice, perchè questi presentano maggior omogeneità e quindi sono determinati, a giudizio di molti scrittori, da identici impulsi [2]).

La legge, per questa seconda categoria di reati, è di agevole applicazione, perchè il magistrato deve solo esaminare se il nuovo reato sia preveduto da disposizione posta sotto il *capo*, che contiene la disposizione che precedentemente fu violata.

Ed ora esaminiamo quali reati sono stati in modo tassativo preveduti dal legislatore per gli effetti della recidiva specifica.

La prima categoria è quella dei *delitti contro la sicurezza dello Stato*. Essa apparisce contrassegnata con la denominazione del *Titolo* (che è il titolo I del Codice), che contiene sotto di sè quattro *capi*.

Tale denominazione ha fatto sorgere il dubbio se in questa categoria prima rientrino i soli delitti previsti dal Codice o anco quelli che da leggi speciali sono definiti delitti contro la sicurezza dello Stato.

Da alcuni si è ritenuto che i primi solamente siano stati considerati dai legislatori, e sono appunto quelli preveduti negli articoli 104 a 138 [3]). Altri invece, ed esattamente, hanno sostenuto che in quella categoria si comprendono anco i delitti contro la sicurezza dello Stato contemplati dalle leggi speciali (*Legge sulla stampa*, *Cod. pen. militare*, ecc.). L'esattezza di tale interpretazione risulta dalle considerazioni, che precedentemente abbiamo fatte esaminando gli art. 10 e 82 del Codice penale. L'essersi contrassegnata quella prima categoria colla denominazione precisa del *Titolo I* del Codice non è prova seria per escludere da quella i delitti contemplati da altre leggi; e ciò per le seguenti ragioni principali:

1.° perchè le denominazioni, colle quali si contrassegnano gli altri gruppi di reati nell'art. 82, non solo sono quelle stesse dei *Titoli* del Codice, e basta considerare, per convincersene, la denominazione del gruppo *b* [4]);

---

[1]) Vedi nostro *Manuale* cit., pag. 318: Impallomeni, op. cit., pag. 308: Majno, op. cit., pag. 265.

[2]) Abbiamo accennato già alle ragioni addotte dal Ministro, per le quali respinse la proposta della Commissione senatoria, diretta a far considerare reati della stessa indole quelli collocati sotto lo stesso *Titolo*.

[3]) Crivellari, op. cit., pag. 401; Majno, op. cit., pag. 264.

[4]) Impallomeni, op. cit., pag. 308.

2.º perchè, mentre nell'elenco dell'art. 7'
del Codice) si era adoperata la locuzione -
articoli del Codice rispettivamente riuniti sotto
nel testo definitivo si è sostituita l'altra « qu
dicati sotto le lettere seguenti ».

Non ci dissimuliamo però che una obbiezi
vità potrebbe essere questa, che nel Progetto
indole erano indicati per *articoli,* ed erano
del Codice penale, e potrebbe quindi conclude
di *titoli* o di *capi* fatta nel testo definitivo i
unicamente al Codice penale, non a reati prev

Ma si rileva, allora che solo argomento ef
tale obbiezione è il disposto dell'art. 10 del C

Sotto la lettera *b* si contempla la second
della stessa indole, cioè quelli *commessi da pu*
violazione dei doveri inerenti all'ufficio o con a
zioni.

Questa categoria di delitti è contrassegnat
capi, che li prevedono, ecc., ma con la qualit
comune.

E qui evidentemente si rileva che non sen
determinati dal medesimo impulso, e che per
ventiva fatta dal legislatore non corrisponde s
si è posto a fondamento della recidiva *specific*

Sull'applicazione del disposto della lette
possono sorgere difficoltà, quando si determina
ridici fondamentali, che in quello sono espress

L'art. 287 del Cod. pen. stabilisce quali pe
pubblici ufficiali per gli effetti della legge
esattamente tale qualità nel delinquente recidi
legge non offre alcuna difficoltà.

Lo stesso dicasi dell'altro estremo, che bi
termini di quella disposizione, cioè che i delitt
o *mediante violazione dei doveri inerenti all'uffi*
delle funzioni.

---

[1]) La disposizione del n. 1 di questo articolo, che
nerale di *pubblico ufficiale,* ha dato luogo a molte discu
dissensi nella giurisprudenza. Lo studioso consulti le o
del Codice.

§ 4.

Fra i delitti considerati della *stessa indole* dal legislatore sono alla lettera *c* indicati:

1.° delitti contro le *libertà politiche* o la *libertà dei culti;*

2.° gli *abusi dei ministri del culto nell'esercizio delle proprie funzioni;*

3.° i delitti commessi contro *pubblici ufficiali a causa delle loro funzioni;*

4.° ogni altro delitto *contro l'Amministrazione pubblica* commesso da *privati;*

5.° i delitti *contro l'ordine pubblico.*

L'indicazione dei delitti compresi in questa terza categoria non è neppure fatta intieramente colla nomenclatura del Codice, poichè alcuni gruppi di delitti sono contrassegnati con la denominazione del *titolo,* al quale appartengono, altri con quella dei *capi,* sotto i quali sono collocati, ecc.

Or questa variabilità di nomenclatura è stata oggetto di critica, ed ha dato origine a qualche dubbio di interpretazione specialmente rispetto ai delitti da noi indicati al n. 4, cioè, ai delitti contro l'*amministrazione pubblica* commessi da privati, e dei quali non era menzione nel corrispondente articolo del Progetto ministeriale, e neppure in quello della Commissione di revisione. Quel gruppo di delitti fu aggiunto nella redazione del testo definitivo, e non si dà nella Relazione finale ragione alcuna della aggiunzione fatta.

Or si è osservato che, scomparsa la distinzione, che in alcuni Progetti era stata fatta tra reati contro l'amministrazione pubblica commessi da *pubblici ufficiali* e reati commessi da *privati,* perchè gli uni e gli altri sono stati fusi in unica categoria, bisogna ritenere che la disposizione, che si riferisce ai delitti commessi contro la pubblica Amministrazione dai *privati,* si applica solo a quei delitti, nei quali il privato può essere autore diretto, e non agli altri, nei quali il privato non può concorrere, che come complice. Se non si dà alla legge questa interpretazione, si è detto, si cade nell'assurdo che uno stesso delitto contro la pubblica amministrazione servirebbe di fondamento all'applicazione della lettera *c,* quando è commesso da un privato, e non nel caso più grave che sia stato commesso da un pubblico ufficiale [1]).

---

[1]) MAJNO, op. cit., n. 447.

Questa interpretazione è stata respinta dalla maggior parte degli crittori, per la ragione che non può verificarsi l'assurdo lamentato, uando si dà alle disposizioni delle lettere *b* e *c* il significato che egittimamente si desume dalla loro coordinazione. Si è detto infatti he quando ad un delitto contro l'Amministrazione pubblica partecipano un pubblico ufficiale ed un privato, la recidiva specifica si lichiarerà, contro il primo in base alla disposizione della lettera *b*, contro il secondo in base alla disposizione della lettera *c* [1]).

A noi sembra accettabile quest'ultima interpretazione; ma non possiamo non notare col Majno che la disposizione, di cui ci occupiamo, trascende i limiti razionali dell'omogeneità dei reati, perchè ravvicina i fatti più disparati; una frode in pubbliche forniture (art. 205) al portare indebitamente una divisa (art. 186); la sottrazione di documenti (art. 202) all'eccitamento al dispregio delle leggi e delle istituzioni (art. 183) [2]).

Nella lettera *d* si considerano come delitti della stessa indole:

1.° la *simulazione di reato;*

2.° la *calunnia;*

3.° la *falsità in giudizio;*

4.° la *prevaricazione.*

Sono delitti contemplati negli art. 211 a 224 del Codice e compresi sotto il *titolo* dei delitti *contro l'amministrazione della giustizia.* Nessun dubbio d'interpretazione è sorto intorno alla disposizione, che prevede questa categoria di delitti.

Il legislatore considera anco come delitti della stessa indole quelli *contro la pubblica incolumità* (art. 300 a 330 Cod. pen.); quelli *contro il buon costume e l'ordine delle famiglie* preveduti negli articoli dal 331 al 348. La prima categoria è indicata alla lettera *e*, la seconda alla lettera *f* dello stesso art. 82.

Diverse censure si sono fatte al legislatore relativamente alla disposizione della lettera *f*, tanto per la forma, quanto per il contenuto.

Si è osservato che è impropria la dizione, perchè i delitti preveduti negli articoli dal 331 al 348 sono delitti *contro il buon costume*, non contro *l'ordine delle famiglie;* anzi questi ultimi (*adulterio, bigamia*) sono stati esclusi. Ma la censura non ha molta gravità, perchè nessun dubbio di interpretazione può sorgere intorno ai de-

---

[1]) Crivellari, op. cit., IV, pag. 403, seguito dall'Alimena, op. cit., pagina 610, dal Manzini, op. cit., pag. 180.

[2]) Majno, op. cit., n. 447).

litti previsti, essendo stati indicati gli articoli che li contemplano. Del resto il legislatore ha adoperato, per contrassegnare quei delitti, la denominazione precisa del *Titolo VIII* del Codice, sotto il quale sono compresi i delitti contro il *buon costume* e quelli contro l'*ordine delle famiglie.*

L'altra censura concerne il contenuto della disposizione, in quanto non sono stati considerati delitti *omogenei* a quelli indicati agli articoli dal 331 al 348 l'*adulterio*, la *bigamia*, ecc. [1]). Ed, a dire il vero, non si comprende per quali ragioni questi delitti siano stati omessi.

§ 5.

Nell'elenco dei delitti della stessa indole colloca il legislatore l'*omicidio* e la *lesione personale* (art. 82, lett. *g*).

Come vedesi, dei delitti compresi sotto il *Titolo IX*, cioè dei *delitti contro la persona*, il legislatore ha considerato solo l'*omicidio* e le *lesioni personali*, escludendo gli altri, fra i quali il *procurato aborto.* Nel progetto quest'ultimo era stato invece considerato fra i delitti omogenei (art. 77), e giustamente, perchè se, come sembra, la brutalità e la violenza sono la caratteristica comune dei delitti contro la *persona*, il delitto di *procurato aborto* non doveva essere escluso. E d'altra parte è da notare che, se la indicazione dei delitti fatta alla lettera *g* è stata determinata dal criterio della *violenza*, altri delitti si sarebbero dovuti riunire a quelli indicati dal legislatore. Ciò conferma sempre meglio la ragionevolezza delle censure fatte alla disposizione di quell'articolo.

Viene infine l'indicazione dell'ultima categoria di delitti omogenei per la caratteristica comune, che è la *cupidigia* o il *fine di lucro* (art. 82, lett. *h*). Questi delitti vengono indicati o colla loro speciale denominazione, ad esempio, *furto, rapina,* ecc. o colla semplice menzione degli articoli, in cui sono preveduti.

I delitti compresi in questo ultimo gruppo sono: 1.° *furto;* 2.° *rapina;* 3.° *estorsione;* 4.° *ricatto;* 5.° *truffa* ed *altre frodi;* 6.° *appropriazione indebita;* 7.° *ricettazione;* 8.° *bancarotta fraudolenta;* e poi i delitti preveduti negli articoli dal 203 al 206 (*sottrazione* della cosa *pignorata* o *sequestrata* affidata alla custodia del delinquente, *millantato credito* presso pubblici ufficiali, *inadempimento d'obbligo* e

---

[1]) ALIMENA, op. cit., pag. 611, CRIVELLARI, op. cit., pag. 404.

frodi nelle *pubbliche forniture*); nell'art. 224
articoli dal 293 al 299 (*frodi* nei *commerci,*
incanti); negli articoli dal 319 al 322 e nell'
la *sanità* e l'*alimentazione pubblica*); infine l'*o*
sonale commessi a *fine di lucro.*

Su questa ultima categoria di delitti omo
non poche osservazioni critiche, e da parecch
mente lamentata l'esclusione dei delitti pr
tolo VIII del libro III, del *Codice di commer*
messi da persone diverse dal *fallito* e che n
bancarotta (art. 862 e seg.). Si è notato infat
in molti di codesti reati si appalesa un propos
di lucro, che logicamente li avrebbe dovuti
delitti menzionati nella lettera *h* di quell'arti

§ 6.

Sono tutti questi i delitti dichiarati della
latore per gli effetti della recidiva *specifica.*
sativa, sicchè al magistrato non è lecito est
altri casi di omogeneità non previsti nell'art
però che la redazione di quest'articolo non è
dere dalla censura già fatta per l'esclusione
dovevano essere ritenuti omogenei), specialme
zione degli articoli, nei quali i delitti omogen
tre bisognava indicare questi delitti con una d
non solo ha impedito al magistrato di ammet
fica in casi dal Codice non contemplati ed in
ammessa, ma ha anco fatto sorgere il dubbio
la tassazione fatta dal legislatore si limiti ai
Codice penale o si estenda anco a quelli con

Abbiamo sostenuto l'affermativa valendoc
disposizione dell'art. 10 del Codice penale, p
da questa si è costretti a sottoscrivere alla
ritengono che il disposto dell'art. 82 si limit
solamente dal Codice penale [2]).

---

[1]) MAJNO, op. cit., pag. 265.

[2]) Oltre il CRIVELLARI, che sostiene questa interpr
ad esempio, afferma che i *delitti contro la sicurezza de*
sono quelli contemplati solo negli art. 104 a 138 (pa

§ 7.

Ed ora esaminiamo le *pene* stabilite dal legislatore per la recidiva specifica.

È opportuno premettere che *concetto* prevalente nel pensiero dell'autore del Progetto fu quello di distinguere la *prima* recidiva *specifica* dalla recidiva *specifica reiterata*, e quindi di stabilire due norme fondamentali intorno alla penalità dei recidivi speciali, cioè, l'una rispetto alla prima specie di recidiva, e colla quale stabilivasi un aggravamento della *intensità* della pena, ove questo fosse possibile, l'altra per la seconda o ulteriore recidiva, colla quale si prescriveva un aumento della *durata* della pena ove si trattasse di pena restrittiva della libertà personale, ed un aggravamento dell'*intensità* nella misura stabilita per la prima recidiva.

La distinzione delle due specie di recidiva specifica è rimasta nel testo definitivo, e rimase anco di conseguenza la distinzione di penalità con talune modificazioni (art. 75 e 76 del Progetto corrispondente agli art. 80 e 81 del *Codice*).

Incominciamo dall'esame della penalità della prima *forma* di recidiva specifica.

Nel 1.° *capoverso* dell'art. 80 è stabilito: « Se il nuovo reato sia della stessa indole di quello per il quale è stata pronunziata la precedente condanna, il colpevole soggiace ad un aggravamento della pena incorsa, secondo le norme seguenti:

1.° se la pena incorsa per il nuovo reato sia la reclusione, la durata ordinaria della segregazione cellulare continua è aumentata in ragione di un sesto della pena stabilita per il reato commesso: e ove la reclusione debba scontarsi interamente in tale segregazione o il prolungamento suddetto non possa farsi nei limiti della pena da infliggere, per applicare il prolungamento stesso si aumenta proporzionatamente la durata della pena;

2.° se la pena incorsa per il nuovo reato sia diversa dalla reclusione, essa è aumentata da un sesto ad un terzo ».

Notiamo dapprima che da questa disposizione di legge si deduce che le norme stabilite sono:

1.° aggravamento della *intensità* della pena, consistente nell'aumento di *durata* della segregazione cellulare continua (*inasprimento puro* della pena);

2.° nei casi, in cui è impossibile questo aumento, o perchè la

eclusione debba essere scontata *intieramente* nella segregazione cellulare o perchè l'aumento di durata stabilito dalla legge non possa farsi nei *limiti* della pena da infliggere, per applicare il prolungamento si deve aumentare proporzionatamente la *durata* della *pena* (*inasprimento* e *prolungamento* della pena);

3.° aumento della pena da un sesto ad un terzo, se essa è diversa dalla reclusione [1]).

La prima norma è in correlazione col disposto dell'art. 13 Codice penale. Ed appunto per stabilire questa correlazione la disposizione dell'art. 75 del Progetto sulla penalità della recidiva specifica ha subìto modificazione, come facilmente si può rilevare confrontando l'art. 75 del Progetto e l'art. 80 del Cod. pen. E la *Relazione* finale adduce le ragioni della modificazione apportata e rende in pari tempo agevole l'applicazione della legge. Infatti in essa è detto: « Dopo le modificazioni recate intorno al modo di scontare la reclusione (art. 13) non potevano rimanere immutate le disposizioni intorno al modo di aggravare la pena per il recidivo nella stessa specie di delitto che importi questa pena. Non era inoltre giustificabile una stessa stregua di aumento della segregazione continua, qualunque fosse la pena incorsa, essendo costante il termine di sei mesi di detta segregazione nelle condanne non inferiori ai tre anni, e di tre anni nelle condanne superiori ai diciotto anni; faceva quindi mestieri modificare il criterio circa l'aumento della segregazione continua, commisurandolo, invece che sulla durata ordinaria di questa, sulla durata della pena incorsa col nuovo reato; ed era d'uopo prevedere, oltre al caso di una pena che deve scontarsi tutta in cella, anche quello di una pena, nella quale il periodo di vita comune, dopo la cella, sia ridotto a pochi giorni e non lasci perciò margine al dovuto prolungamento della segregazione cellulare continua » [2]).

Nell'applicazione della prima norma, di cui trattiamo, si rileva anco che la disposizione del n. 1 dell'art. 80 in alcuni casi deroga a quanto prescrive l'art. 13 intorno alla massima durata della *segregazione cellulare*. Difatti, come ha osservato il Majno, nei casi ordinari questa non può eccedere i tre anni, invece in caso di recidiva la misura della segregazione continua dipenderà dalla durata della

[1]) Il legislatore ha stabilito queste norme, diverse da quelle riferentisi alla recidiva *reiterata*, perchè ha ritenuto che l'effetto afflittivo delle sanzioni con esse stabilite possa essere sufficiente per chi non è abituato ancora al delitto (Vedi *Relazione sul Progetto*, pag. 225).

[2]) *Relazione al Re*, XLVI.

pena ordinaria, e sarà anche di sette od otto anni, dato che il delitto commesso dal recidivo debba essere punito con ventiquattro o con trent'anni di reclusione [1]).

L'applicazione della suddetta norma non dà luogo a difficoltà. Così, se, ad esempio, per il nuovo reato si infligge la reclusione per anni due, si avrà un regime cellulare di dieci mesi, perchè sei mesi debbono essere scontati dal colpevole in base al disposto del *secondo capoverso* dell'art. 13, e si debbono aggiungere quattro altri mesi, che sono il sesto di due anni.

Neppure la seconda norma riesce di difficile applicazione, perchè quando non può applicarsi la precedente, bisogna, secondo la disposizione cennata, prolungare il regime cellulare, aumentando *proporzionatamente* la durata della pena di un sesto. Onde, se la pena incorsa è di tre mesi di reclusione, è necessario, per gli effetti della recidiva specifica, che si aumenti di quindici giorni e che venga espiata tutta in segregazione cellulare.

La terza norma, che concerne l'ipotesi di condanna ad una pena diversa dalla reclusione, è stata nel testo definitivo formulata in modo più semplice che non lo era stata nel Progetto in seguito a proposta fatta dalla Commissione della Camera dei Deputati. Fu omessa infatti la distinzione, che in quest'ultimo facevasi fra condanne a pene di breve e condanne a pene di lunga durata, ed è stata invece fissata una sufficiente latitudine nell'aumento con una frazione comune a tutti i casi. Nota il Ministro nella sua Relazione finale, che fu usata una locuzione che permettesse di computare la recidiva specifica in confronto a qualsiasi pena, anche non restrittiva della libertà personale [2]).

La terza norma, come già si è detto, stabilisce, che se la pena incorsa per il nuovo reato è diversa dalla reclusione, bisogna aumentarla da un sesto ad un terzo. A questa disposizione fa d'uopo coordinare il precetto pratico, che trovasi nell'ultima parte del *secondo capoverso* dello stesso art. 80, che riferiscesi alle pene *pecuniarie*. È prescritto infatti che, ove si tratti di pene pecuniarie, per determinare la misura, si fa il ragguaglio secondo le norme stabilite nell'art. 19, che, cioè, dieci lire di multa o di ammenda equivalgono un giorno di reclusione o di detenzione.

E poichè pel disposto dell'art. 19 la *multa* non può eccedere le lire diecimila, e la sua conversione nella pena detentiva non può ecce-

---

[1]) MAJNO, op. cit., pag. 254.

[2]) *Relazione al Re*, l. cit.

ere un anno di questa, si rileva evidentemente, che nel caso di agguaglio l'aumento di pena va soggetto ad altra limitazione [1]).

§ 8.

Il legislatore non ha previsto l'ipotesi del ragguaglio tra pene *detentive* ed il *confino*, tra questo e le pene *pecuniarie*. Hanno creduto alcuni interpreti della legge che alla lacuna di questa si debba supplire coll'interpretazione analogica ed applicare la regola stabilita nell'art. 40, che, cioè, tre giorni di *confino* equivalgono un giorno di *pena detentiva*, e di conseguenza, che tre giorni di confino equivalgono dieci lire di pena pecuniaria [2]).

Un dubbio è sorto nell'applicazione delle norme cennate per il caso, in cui il nuovo reato sia punibile cumulativamente con pene di specie diverse, come, ad esempio, la reclusione e la multa, o la reclusione e l'interdizione, ecc.

Ha sostenuto il Majno che in tali casi la reclusione deve essere aggravata secondo il disposto del n. 1 dell'art. 80, e l'altra pena aumentata a norma del disposto del n. 2 dello stesso articolo [3]).

Molti altri dubbi sono sorti per l'applicazione dell'art. 80, rispetto alla misura della pena, ai diversi casi che si sono presentati o che potrebbero presentarsi. Non crediamo conveniente occuparci di tutti, perchè alcuni scrittori hanno stabilito criteri opportuni per eliminare alcuni di essi [4]).

Un dubbio però, che merita di essere considerato, è quello che riguarda l'aumento di pena nel caso di *concorso di reati*. Se si considera tuttavia che per la recidiva *specifica* bisogna che i delitti siano della stessa indole, si deduce che del reato concorrente, che è *eterogeneo*, non bisogna tener conto, e che neppure l'aumento potrà essere fatto in base alla pena complessiva inflitta in applicazione degli articoli, che regolano il *concorso dei reati* e delle *pene* [5]).

Parimenti crediamo che nel caso di più recidive contemporanee

---

[1]) PESSINA, *Il nuovo Codice penale*, art. 80.

[2]) MAJNO, op. cit., pag. 256.

[3]) MAJNO, op. cit., pag. 236.

[4]) Si consulti principalmente l'opera del TRAVAGLIA, *Guida pratica per l'interpretazione*, ecc., Torino, 1890.

[5]) In questo senso RAMERI, *Considerazioni pratiche in tema di recidiva specifica*, ecc. (in *Cass. Unica*, 1896, col. 977); MANZINI, op. cit., pag. 219.

per applicare l'aumento bisogna prendere a base la pena che risulta dal *concorso* dei soli reati della *stessa indole* [1]).

§ 9.

Evvi infine la disposizione dell'ultimo *capoverso* dell'art. 80, che fu da noi precedentemente esaminato, trattando della recidiva *generica*, per dimostrare che essa è solamente applicabile alla recidiva *specifica*, perchè per questa sola forma di recidiva, il legislatore ha ammesso l'*aumento* di pena. In essa è prescritto che in nessun caso l'aumento stabilito nelle disposizioni, che si riferiscono alla recidiva specifica, può applicarsi in misura *superiore* alla più grave delle *pene*.

Or, l'avere la legge accennato a *più pene*, mentre, trattandosi della *prima* recidiva specifica, non potrebbe parlarsi che di una *sola pena*, giacchè la seconda ed ulteriore recidiva è prevista nell'art. 81, farebbe a prima vista credere che il legislatore sia caduto in un errore di dizione.

Sembra però che non sia così, e che il legislatore abbia previsto il caso in cui il delinquente sia ricaduto più volte nel delitto, ma che contro di lui non sia stato possibile applicare la disposizione dell'art. 81, perchè ciascuna pena precedentemente riportata è stata *inferiore* ai tre mesi, ecc. Non altra può essere la spiegazione, tanto più, che nella Relazione finale il Ministro accennando le ragioni, per le quali fu apposto il *capoverso* ultimo di quell'articolo di cui ci occupiamo, scriveva, che senza il divieto in esso espresso l'aumento di pena per la recidiva specifica sarebbe divenuto esorbitante in taluni casi, e proprio quando le condanne precedenti si riferissero a *reati lievissimi in confronto al reato riguardo al quale ha effetto la recidiva*.

Notiamo infine che il legislatore, adoperando la locuzione, sebbene non molto precisa, « *in misura superiore alla più grave delle pene anteriormente inflitte* », ha inteso riferirsi alla *gravità* della pena per la *durata*.

---

[1]) In questo senso TRAVAGLIA, op. cit., pag. 123; in senso contrario il citato RAMERI e con qualche limitazione il MANZINI.

CAPO III.

Della recidiva reiterata

§ 1.

Un altro fenomeno gravissimo del movimer la recidiva *ripetuta* o *reiterata.* Essa è stata o giuristi e dei sociologi, ed è stata anco in pa rata in alcune legislazioni. Ma nella scienza g intorno al trattamento giuridico da applicare a diva, perchè diverso è il giudizio di valutazi essa.

A dare un indirizzo scientifico all'indagine cidiva ripetuta e dei *provvedimenti* più adatti p senza dubbio, molto contribuito i seguaci del studi sui fattori *antropologici* e *sociali* della de quell'indirizzo a noi sembra che non si possa idee scientifiche esatte intorno alla delinquenza punto quella che merita un trattamento giuri conoscenza esatta di un fenomeno può aversi, scono le *cause* che concorrono alla sua manifes che sono necessarie, affinchè quelle lo produca è fenomeno *antropologico* in quanto è manifest l'attività organico-psichica dell'individuo, ed è quanto il campo di manifestazione è l'ambiente dividuo vive e del quale subisce anco l'influen la conoscenza esatta di quel fenomeno fa d'uo che delinque e l'*ambiente sociale.* La stessa ind lo studio della recidiva in tutte le sue varie specialmente per la recidiva *ripetuta,* che è fo molto grave, e che in taluni casi può conside meno *morboso* della vita individuale o della vi

Or bene l'indagine scientifica fatta con me duce alla distinzione di diverse categorie di guenza di diverse specie di *recidiva.* E già notato sul proposito che è necessario distingu *nali* dai recidivi *abituali,* e questi ultimi sudd *correggibili* e recidivi *incorreggibili.* Ma qui tra

ripetuta bisogna fare altre considerazioni per eliminare alcune obbiezioni infondate, mosse da coloro, che fanno opposizione sistematica agli ultimi risultati della scienza.

E prima di tutto si noti che l'*incorreggibilità* del delinquente si può indurre talora dalla *prima* recidiva, sia *generica,* che *specifica,* tenendo conto della *natura* dei reati, dei *moventi* di essi, dello *stato psicologico* in generale del recidivo e dei *fattori* vari che hanno contribuito a determinare l'attività criminosa. Da ciò la conseguenza, che un trattamento giuridico particolare dovrebbe essere stabilito per questi delinquenti, e non per la sola recidiva *ripetuta,* come ha fatto il nostro legislatore ed altre legislazioni.

Si consideri poi che, se l'*abitualità* a delinquere presuppone necessariamente la seconda ed ulteriore recidiva, il contrario non è sempre vero; val quanto dire che la recidiva *ripetuta* non può ritenersi sempre come effetto di *abitualità* a delinquere. Difatti, come in molti luoghi abbiamo notato, le ricadute potrebbero essere *occasionali,* effetto di circostanze eccezionali. È errore dunque affermare in modo assoluto l'equivalenza tra recidiva *ripetuta* e *abitualità.*

È un errore parimenti considerare come *abitualità* alla delinquenza la recidiva *specifica ripetuta,* come sostengono alcuni scrittori e come ha ritenuto il legislatore (art. 81), perchè (e ciò è stato da noi notato stabilendo un confronto tra recidiva *generica* e *specifica* a proposito della modificazione fattasi al testo del Progetto, che escludeva la recidiva *generica*) la recidiva *generica ripetuta* può anco equivalere in taluni casi ad *abitualità* a delinquere, ed essere indice di *incorreggibilità.*

È anco un errore confondere la delinquenza *abituale* colla delinquenza di *professione,* perchè quest'ultima presuppone la ferma volontà o il fermo proponimento del delinquente a ripetere alcuni delitti per raggiungere alcuni fini della vita, mentre la prima può essere effetto di cause mutabili. Ed evvi anco questa differenza, che, cioè, la delinquenza *abituale,* come già si è detto, può risultare tanto da recidiva *generica,* quanto da recidiva *specifica,* o dall'una e l'altra insieme, mentre la *professionale* presuppone la ripetizione di delitti della medesima specie o di specie molto *affini,* unificati da un determinato e fermo proponimento.

Queste distinzioni dei recidivi dovrebbero essere fatte nella scienza, e tenute in considerazione dai legislatori per poter stabilire un sistema di misure repressive, che siano adatte all'indole dei recidivi e che quindi riescano utili alla migliore possibile tutela dell'ordine sociale.

Fino a quando quelle distinzioni non saranno fatte esattamente si deploreranno o l'esagerazione della penalità contro la recidiva *ripetuta*, come ci dà esempio la legge francese del 1885, o la eccessiva mitezza di repressione, o una confusione tale di criteri intorno al trattamento dei recidivi, da cui deriverà ingiustizia nell'applicazione delle pene.

La dottrina poi, che dal punto di vista scientifico ci sembra non meno erronea delle altre, è quella dell'aggravamento di pena *progressivo* secondo il numero delle recidive.

È un criterio di proporzione matematica astratto, che non risponde affatto alla dinamica psicologica dei delinquenti recidivi, e che nella sua applicazione talora potrebbe condurre a risultati strani. E ciò è tanto vero, che anche alcuni criminalisti propugnatori di questa dottrina hanno osservato che la progressione non può essere illimitata, e che quindi non può essere rigorosamente matematica, perchè altrimenti si arriverebbe in breve alla pena perpetua o ad una pena eccessivamente superiore a quella richiesta da giustizia [1]).

Tanto meno è razionale ed utile limitare l'aggravamento progressivo della pena ad un determinato numero di recidive, perchè si verificano gli stessi inconvenienti sopra cennati.

§ 2.

La legislazione penale *comparata* ci mostra poi una grande differenza di criterî seguíti dai legislatori.

Alcuni Codici ammettono la progressione fino alla terza recidiva (Cod. pen. svedese, Codice di Friburgo, ecc.): altri l'ammettono senza limite, come il Codice penale federale svizzero; altri considerano solo in particolar modo la recidiva ripetuta in alcuni reati, specialmente in quelli, di cui movente è la cupidigia o il lucro, come, ad esempio, il Codice zurighese.

Come vedesi, adunque, la recidiva *reiterata* non è sfuggita all'attenzione dei legislatori, e forma obbietto di studio dei criminalisti; ma ancor vaghi e diversi sono i criterî giuridici intorno al trattamento di essa.

Nei vari Progetti, che precedettero il vigente Codice penale la recidiva *reiterata* non era stata obbietto di trattamento particolare,

---

[1]) Vedi Berner, op. cit., pag. 265.

tranne in quello del 1867; solo nei Progetti del Savelli e del Pessina era stabilito, che l'aumento di pena di un grado per la prima recidiva fosse *facoltativo,* e che per le recidive ulteriori fosse *obbligatorio* l'aumento da uno a tre gradi.

Nello schema lasciato incompleto dallo Zanardelli nel 1883 si era delineata la distinzione fra la *prima* recidiva e le recidive *ulteriori*, allo scopo di punire più gravemente il recidivo per altre due volte, qualora però fosse incorso in una pena restrittiva.

La distinzione riapparì nell'ultimo Progetto, perchè fu creduto opportuno stabilire una misura graduale di severità, per non lasciare intentato qualsiasi mezzo valevole a distogliere il recidivo dal commettere nuovi delitti.

Osservava inoltre il Ministro nella sua *Relazione* che, quantunque l'esperienza dimostrasse che non solo la terza, ma anco la quarta e le ulteriori recidive non erano pur troppo infrequenti, egli credette più opportuno che la legge cominciasse a spiegare il suo maggiore rigore verso coloro che sono recidivi anche per la seconda volta soltanto per infrenarne i trascorsi [1]).

L'art. 76 del Progetto, che prevedeva la recidiva *reiterata,* era stato così formulato:

« Chiunque, dopo essere stato più volte condannato con sentenze irrevocabili a pene restrittive della libertà personale, eccedenti ciascuna volta tre mesi commette, entro il termine indicato nell'articolo precedente, un altro reato della stessa indole, soggiace ad un aumento della pena incorsa pari alla metà della sua durata, ove sia inferiore a trenta mesi, e ad un terzo negli altri casi, purchè non si eccedano mai trent'anni per la reclusione e la detenzione.

« Se la nuova pena incorsa è la reclusione, si applica anco in questo caso la segregazione cellulare continua nella misura stabilita dal precedente articolo ».

Su questa disposizione non ebbero luogo gravi discussioni nel seno delle Commissioni parlamentari, nè nelle due Camere legislative. È opportuno solo ricordare che nel seno della Commissione senatoria fu fatta una proposta radicale, che, cioè, per i recidivi dimostrati *incorreggibili* da più condanne successive fosse disposto che al termine dell'ultima pena per condanna dell'ultimo reato, qualora le condanne fossero di un determinato numero, i delinquenti fossero rinchiusi in appositi stabilimenti. Ma la proposta non fu accolta per

---

[1]) *Relazione sul Progetto,* pag. cit.

a ragione, che la maggioranza ritenne pericoloso il mettersi per una ria di innovamenti, di cui l'efficacia era ignota, e perchè la pena ndeterminata è repugnante al principio stesso della giustizia penale.

La Commissione di revisione accolse la disposizione dell'art. 76; unzi propose di comprendere in questa anco la recidiva *generica*.

Tale proposta non fu accolta dal Ministro per la considerazione, utt'altro che seria e decisiva, come bene osserva il Majno, che, cioè, e stesse Commissioni parlamentari, da cui partirono le proposte conernenti la recidiva generica, non ammisero la parificazione di essa colla specifica; parificazione che, accogliendo quella proposta, si sarebbe avuta per chi avesse riportato più di una condanna [1]). E la considerazione non ha valore, specialmente perchè, come parecchie volte abbiamo osservato, la recidiva reiterata *generica* talora è indice di maggior temibilità del delinquente, che non la recidiva reiterata *specifica*.

Sono state queste le sole discussioni e le proposte, che furono fatte sulla disposizione dell'art. 76 del Progetto, che divenne, con qualche modificazione di forma, il disposto dell'art. 81.

§ 3.

Esaminiamo ora quali estremi o condizioni sono necessarie per l'applicabilità di questo articolo.

Coordinando la disposizione dell'art. 81 con quella dell'art. 80, poichè il legislatore nel determinare la nozione della recidiva *reiterata* richiama alcune condizioni poste per l'esistenza della recidiva *generica* e *specifica*, risulta che gli estremi di quella forma di recidiva sono i seguenti;

1.° che il delinquente sia stato *due* o *più volte* condannato;

2.° che le condanne abbiano importato pene *restrittive* della *libertà personale;*

3.° che ciascuna delle pene sia stata di durata *superiore* ai *tre mesi;*

4.° che le sentenze di condanna siano *irrevocabili;*

5.° che il nuovo reato sia della *stessa indole* dei precedenti;

6.° che esso importi anco una pena *restrittiva* della libertà *personale;*

7.° che esso sia commesso nei *termini* indicati dall'art. 80.

---

[1]) *Relazione al Re,* XLVII.

Dal complesso di queste condizioni agevolmente si rileva che la nozione della recidiva *reiterata* ha alcuni elementi comuni colla recidiva *generica* e colla recidiva *specifica,* ma ha alcuni elementi propri. per i quali chiaramente si distingue anco dalla recidiva *specifica* semplice, e con cui ha rapporti molto intimi. E di vero ha comuni colla recidiva *generica* queste condizioni: la condanna precedente con sentenza *irrevocabile* ed il *termine* di dieci o cinque anni, secondo i casi; ha comune con la recidiva *specifica* la condizione, che il nuovo reato debba essere della stessa *indole* del precedente.

Gli elementi differenziali o esclusivi sono:

1.° che le pene tanto dei *precedenti* reati, per i quali ebbero luogo le condanne irrevocabili, quanto del *nuovo* reato, che dà vita alla recidiva *reiterata,* siano pene restrittive della *libertà personale;*

2.° che la durata di ciascuna delle pene precedenti sia stata superiore ai tre mesi.

Come vedesi, il nostro legislatore non solo non ha ammesso la recidiva reiterata *generica,* ma ha anco limitato la nozione della recidiva *reiterata specifica,* appunto perchè richiede che le pene precedenti debbono essere solo pene *restrittive* della *libertà personale.* Ed è detto nella *Relazione al Re:* « La seconda e le ulteriori recidive specifiche si limitano ai reati che importino una pena restrittiva della libertà personale. È infatti per essi che più specialmente interessa provvedere, siccome quelli nei quali la recidiva assume particolare gravità ».

« Questo era il concetto dell'art. 76 del Progetto, ivi parlandosi di aumento nella *durata* della pena » [1]).

Si noti che il legislatore ha richiesto, solamente per le *condanne precedenti,* che le pene restrittive della libertà personale siano superiori ciascuna ai tre mesi; ma non per la condanna pel nuovo reato, la quale può comportare invece una pena restrittiva della libertà personale di *qualunque* durata.

Siccome tra le pene restrittive della libertà personale è compreso l'*arresto* (art. 11, *ult. capov.*), e nell'art. 81, come in tutti gli altri concernenti le altre specie di recidiva, è adoperata la voce *reato* e

[1]) La redazione dell'art. 76 era alquanto oscura; ma il Ministro per fare intendere più esplicitamente il sopra indicato concetto aggiunse le seguenti parole: « che importi una pena restrittiva della libertà personale ». Vedi *Relazione* cit., XLVII.

non l'altra *delitto*, la recidiva *reiterata* è possibile anco per le *contravvenzioni*.

Avendo il legislatore ristretta la nozione della recidiva reiterata *specifica* collo stabilire quelle due speciali condizioni, di cui abbiamo fatto ora cenno, se manca alcuna di esse, ma concorrono le altre stabilite per la prima recidiva *specifica*, si applicherà la disposizione dell'art. 80.

§ 4.

La disposizione dell'art. 81 dà tuttavia luogo ad alcuni dubbi per la non chiara redazione.

Il più grave è quello che riferiscesi alla decorrenza del termine necessario per ammettere la recidiva *reiterata*.

E di vero l'art. 81, relativamente ai termini, richiama la disposizione dell'art. 80, per la quale, affinchè ci sia recidiva, è d'uopo che il nuovo reato sia commesso entro i *dieci anni* dal giorno in cui la pena fu scontata o la condanna estinta, se la pena inflitta per la condanna precedente era superiore a cinque anni di durata, o entro i *cinque* anni in tutti gli altri casi.

Or, data l'ipotesi di più condanne a pene di diversa durata e per ciascuna delle quali il termine di purgazione della recidiva è diverso (dieci o cinque anni), di quale condanna bisogna tener conto per gli effetti della recidiva reiterata? Ecco il dubbio principale, che è sorto nell'applicazione di quell'articolo.

E diversi sono i casi, che possono rientrare in quell'ipotesi. Difatti può darsi che il terzo reato sia commesso nel termine stabilito dalla legge rispetto alla prima condanna, e non rispetto alla seconda; e può darsi il caso contrario. Or in tali casi la disposizione dell'articolo 81 può applicarsi solo nel caso, in cui il terzo reato è stato commesso nella decorrenza del termine stabilito per *una* delle precedenti condanne, o è necessario, che sia commesso in decorrenza del termine stabilito per *tutte* le *precedenti* condanne?

Alcuni scrittori hanno dato alla legge l'interpretazione più rigorosa, perchè hanno sostenuto che per l'applicabilità dell'art. 81 basti che il terzo reato sia commesso nella decorrenza del termine di una qualunque delle condanne precedenti, e ciò per varie ragioni:

1.° perchè la decorrenza del termine per una qualunque delle condanne anteriori non toglie che il delinquente sia già dichiarato

recidivo dalla seconda condanna, e quindi il terzo reato dà luogo ad una *seconda* dichiarazione di recidiva [1]);

2.° perchè la lettera dell'art. 81 esige soltanto che il nuovo reato omogeneo sia commesso entro cinque o dieci anni dalla espiazione o dalla estinzione delle pene inflitte da sentenze precedenti [2]);

3.° perchè il legislatore ha accolto il sistema della temporaneità dello stato di recidiva in considerazione della lunga buona condotta del colpevole, e questa considerazione non ricorre più quando almeno per una volta il delinquente è stato condannato come recidivo specifico; sicchè per lo spirito dell'art. 81 basta, per la dichiarazione della recidiva reiterata, che il colpevole sia stato altra volta condannato come recidivo specifico a pena restrittiva della libertà personale [3]).

Poichè per interpretare la disposizione dell'art. 81 relativamente ai termini si ricorre da alcuni alla *lettera*, da altri allo *spirito* della legge, segno è che la redazione di quella disposizione è imperfetta. Ma, per quanto imperfetta possa essere, crediamo che non sia difficile cogliere il vero pensiero del legislatore.

La recidiva *reiterata* preveduta dall'art. 81 è una recidiva *specifica*, che potrebbe dirsi *aggravata* dal numero delle ricadute; ma ciascuna di queste deve avere i caratteri della recidiva *specifica;* bisogna cioè che il reato sia omogeneo e che sia commesso nel decennio o nel quinquennio dal giorno in cui fu scontata la pena o estinta la condanna per precedenti reati. Onde, perchè si possa ammettere la recidiva reiterata, è necessario che il nuovo reato sia commesso nel termine stabilito dalla legge almeno rispetto a *due* precedenti condanne, perchè altrimenti si avrebbe la *semplice* recidiva *specifica.*

Non neghiamo importanza alle ragioni, di cui sopra abbiamo fatto cenno, addotte per dare alla legge l'interpretazione più rigida; ma ci sembra che esse abbiano un valore intrinseco non lieve, in sè considerate, ma debole rispetto alla disposizione dell'art. 81.

Può sembrare che il nostro ragionamento pecchi per sottigliezza *metafisica*, e che ripugni all'ordine di idee che noi seguiamo nella scienza. Ma per interpretare una legge bisogna adattarsi alle idee del legislatore, e c'è tanta metafisica in non poche disposizioni del

---

1) MAJNO, op. cit., pag. 258.

2) CRIVELLARI, op. cit., pag. 397.

3) MANZINI, op. cit., pag. 235.

codice! E poi la legge penale deve essere interpretata senza preconcetti e indipendentemente da considerazioni ad essa estrinseche, quantunque possano avere grande importanza scientifica.

§ 5.

Esaminiamo ora le norme stabilite dal legislatore per l'aggravamento di pena nella *recidiva reiterata.*

Abbiamo già fatto notare che due norme fondamentali stabilì la legge intorno alla penalità dei recidivi, l'una concernente la *prima* recidiva specifica, la seconda la recidiva *reiterata.*

Or rispetto a quest'ultima è detto, nella *Relazione sul Progetto,* che per la seconda od ulteriore recidiva bisogna che si aumenti sempre la *durata* della pena e si aggravi anco l'*intensità* nella misura stabilita per la prima recidiva. E nell'art. 76 era disposto che il recidivo doveva soggiacere ad un aumento della pena incorsa pari alla metà della sua durata, ove essa fosse stata inferiore a trenta mesi, e ad un terzo negli altri casi, purchè non si eccedessero mai trent'anni per la reclusione e la detenzione.

La Commissione di revisione aveva proposto che si stabilisse invece che non si potesse aumentare la pena per una durata maggiore di quella della pena più grave anteriormente inflitta. Volevasi, in altri termini, che fosse seguito lo stesso criterio che si era stabilito per l'aumento di pena rispetto alla recidiva *generica* ed alla *specifica* nell'*ultimo capoverso* dell'art. 80.

Ma il Ministro non accolse la proposta, e giustamente, perchè « chi più volte ricade in reati della stessa indole, qualunque sia la gravezza di essi, dimostra una straordinaria pertinacia nel malfare ed in pari tempo dimostra riuscire inefficaci per esso le pene precedentemente subite » [1]. Fu quindi ritenuta provvida una sanzione rigorosa corrispondente al pericolo sociale più grave od imminente.

Il legislatore per regolare poi nel miglior modo possibile l'applicazione delle pene più gravi, che colpiscono la recidiva *reiterata,* ha stabilito due altre norme.

L'una di esse è comune alla *reclusione* ed alla *detenzione,* e prescrive che l'aumento dell'una e dell'altra non deve eccedere i trent'anni. Con tale prescrizione si è voluto evitare, non sappiamo con quanta buona ragione pei casi di *incorreggibilità,* la pena perpetua.

---

[1]) *Relazione al Re,* XLVII.

L'altra norma riguarda la reclusione ed è espressa nel *capoverso* dello stesso art. 81. Quivi è detto che « se la nuova pena incorsa sia la reclusione, si applica anche la segregazione cellulare continua nella misura stabilita nel precedente articolo ».

Questa disposizione fu considerata molto utile per evitare il funesto contatto fra i recidivisti ed i condannati non induriti nel delitto [1]).

Poichè quel *capoverso* richiama l'art. 80 è agevole vedere che, secondo la legge, oltre l'aumento della metà o del terzo sarà necessario aumentare la durata secondo le regole stabilite nell'art. 80, nel caso in cui la misura di pena che risulta dall'aumento della metà o del terzo sia tale da doversi tutta scontare per regola in segregazione continua, cioè, non superiore a sei mesi, o nel caso in cui la misura della pena sia tale che il prolungamento del sesto della segregazione continua non possa esser fatto nei limiti della stessa risultante.

§ 6.

Si è già notato che per l'art. 81 evvi recidiva *reiterata*, quando si tratta di reati che sono puniti con pena restrittiva della libertà personale. Or può darsi che a questa pena sia aggiunta una pena pecuniaria. Quale disposizione di legge si applicherà in tal caso? A termini dell'art. 81, di quest'ultima non può tenersi conto, perchè l'aumento imposto si riferisce unicamente alla *pena restrittiva* della libertà personale.

E difatti la maggior parte degli interpreti ha sostenuto che in quei casi bisogna applicare l'art. 80, perchè la seconda e le ulteriori recidive non tolgono di mezzo la recidiva *generica*, e ripugnerebbe l'ammettere che una pena, che sarebbe aumentata per la disposizione del n. 2 dell'art. 80, quando è inflitta da sola, non lo debba essere più quando è congiunta con una pena restrittiva della libertà personale [2]).

È sembrato però ad altri interpreti che la disposizione del n. 1 dell'art. 80 sia applicabile solo nel caso in cui il reato venga punito colla sola pena pecuniaria o con altra sola pena diversa dalla re-

---

[1]) *Relazione sul Progetto*, pag. 226.

[2]) IMPALLOMENI, op. cit., seguito da MAJNO, op. cit., e da CRIVELLARI, op. cit.

lusione; ma non nel caso in cui la pena pecuniaria od altra concorre on la pena restrittiva della libertà personale, perchè l'art. 81 dihiara l'aggravamento della metà o del terzo solo rispetto alle pene estrittive [1]).

La redazione del disposto dell'art. 81 può, a dire il vero, far sorgere il dubbio intorno all'applicabilità dell'art. 80 nell'ipotesi di concorso di pena restrittiva della libertà personale e di pena pecuniaria in tema di recidiva *reiterata.*

Ma la distinzione sopra cennata fra il caso della pena pecuniaria applicata da sola e l'altro della pena pecuniaria congiunta con pena restrittiva della libertà personale non ha fondamento alcuno nella legge.

E di vero la recidiva *reiterata,* come si è detto, può considerarsi come una recidiva specifica *aggravata* o, se vuolsi anco, una *varietà* di recidiva *specifica,* stabilita allo scopo di una più efficace tutela dell'ordine giuridico. Or se così è, evvi ragione legittima di applicare a quest'ultima la disposizione di legge che concerne la prima (art. 80 Cod. pen.) relativamente all'aumento della pena nel caso di concorso di pene di natura diversa.

§ 7.

Come si deduce dalle considerazioni fin qui fatte intorno alla disposizione dell'art. 81, che regola la *recidiva reiterata,* il legislatore ha fatto del suo meglio per disciplinarla, ed ha riscosso le lodi di non pochi giuristi. Non sono mancate tuttavia le censure da parte di coloro che seguono lo stesso indirizzo scientifico del legislatore. Certo è che, sebbene apparisca che le sanzioni penali possono essere efficaci a combattere talune classi di delinquenti di *mestiere* (ladri, truffatori, ecc.), pure la statistica criminale prova il contrario, perchè ci dà in alcuni anni un aumento, lieve per quanto si voglia, dei recidivi *reiterati,* in altri la costanza nel numero di questi recidivi [2]).

Si crede da alcuni che la legge colle sue disposizioni abbia dato ai magistrati i mezzi opportuni per colpire quella categoria di reci-

---

[1]) Tuozzi, op. cit., pag. 275.

[2]) Si consultino le *Relazioni* del direttore generale della statistica sul movimento della criminalità.

divi, e che l'applicazione di esse sarà benefica, quando essi sapranno profittarne. Ma ciò è vero in parte, perchè, essendo state confuse insieme specie diverse di recidivi reiteratori (recidivi *abituali*, recidivi di *mestiere*, ecc.), non solo in alcuni casi un eccessivo aggravamento di pena riesce ingiusto, ma anco non vi è modo di colpire i delinquenti recidivi, che sono incorreggibili [1]).

Invero è da deplorare che non si sia stabilito un trattamento speciale per gli *incorreggibili*. L'autore del Progetto non pose in dubbio l'esistenza di questi, ma non credette opportuno stabilirlo « perchè la sua pratica applicazione, a tacer d'altro, troverebbe immense difficoltà nel distinguere i recidivi veramente incorreggibili da quelli che soltanto occasionalmente ricadono nel reato, o che vi sono tratti dall'ambiente in cui vivono, non escluso quello delle stesse nostre carceri, dove la vita in comune e disoccupata che ora vi si conduce è piuttosto fomite che freno al delitto ».

Cullavasi poi il Ministro nella speranza che « la riforma carceraria associata al sistema penale proposto, concorrerà efficacemente a scemare il numero dei recidivi od a rintuzzarne vigorosamente la pervicacia » [2]).

Noi non abbiamo posto mai in dubbio che difficoltà presenti l'indagine dell'*incorreggibilità* di alcuni recidivi, come ancora abbiamo altrove riconosciuto che l'ambiente *carcerario* sia uno dei fattori della recidiva in genere e della recidiva *reiterata* in ispecie: ma non possiamo tuttavia approvare il partito preso dal legislatore, perchè vi sono casi in cui l'*incorreggibilità* per un cumulo di circostanze particolari si può constatare in modo sicuro. D'altra parte la *statistica criminale* ci mostra che il maggior contributo alla recidiva *ripetuta* è dato dai delinquenti, che sono mossi da brama di *lucro*, e che di conseguenza commettono delitti che hanno il carattere di *omogeneità* o sono *affini* fra loro. Per tali individui l'attività normale è l'attività criminosa, e per quanto gravi sembrino le sanzioni del Codice penale (art. 81) non possono certamente essere efficaci contro quelli. E di vero, qualunque sarà il numero delle recidive, l'aumento di pena nei casi più gravi non eccederà mai il terzo della misura ordinaria.

L'Impallomeni ha fatto alcuni calcoli per determinare il massimo di pena, che può essere inflitta nei casi di recidiva *reiterata*, e

---

[1]) Vedi le precedenti considerazioni da noi fatte intorno alla distinzione scientifica dei recidivi.

[2]) *Relazione sul Progetto*, LXIV.

crede che il sistema adottato dal legislatore con una rigorosa applicazione ha tutta l'energia necessaria per disarmare l'ostinata rivolta alla legge, così nella intensità come nella durata [1]). Che le sanzioni penali del nuovo Codice abbiano una certa efficacia contro la recidiva in genere, non poniamo in dubbio; ma neghiamo che questa efficacia sia quella che occorre per combattere i più ostinati delinquenti. E la statistica criminale dei recidivi dall'epoca dell'applicazione del Codice fino ad oggi offre la prova più convincente della nostra affermazione.

D'altra parte non possiamo dissimularci che l'efficacia dei mezzi *repressivi* temporanei ha limiti molto ristretti, perchè, ferma restando l'azione di alcune *cause* della recidiva, la ricaduta nella delinquenza sarà un fenomeno necessario. Bisogna adunque che la *prevenzione* si associ alla *repressione*, non per fare scomparire del tutto quel fenomeno, ma per ridurre il campo della sua manifestazione.

Ma non si esageri nell'efficacia della *prevenzione*, come si fa da taluni, fino al punto di ritenere che la *repressione* della recidiva sia di nessun valore, e che solo si debba aver fede nella *prevenzione*. Cotali scrittori dimenticano che la delinquenza e la recidiva, che è la forma più grave di essa, non sono il prodotto di soli fattori *sociali*, ma anco di fattori *antropologici*, che in alcuni casi sono prevalenti. E contro la recidiva, che è effetto prevalentemente di questi ultimi, la *prevenzione* a nulla vale.

§ 8.

Della necessità di mezzi *preventivi* della recidiva diremo in fine del presente lavoro; trattiamo ora della necessità di un trattamento speciale di alcuni recidivi, per mostrare che anco la *repressione* della recidiva non deve essere spinta fino all'esagerazione, perchè non si ottiene lo scopo della maggiore tutela sociale.

Leggi particolari si sono fatte o disposizioni particolari in alcuni codici si sono introdotte contro i recidivi reiteratori, allo scopo di decretare *pene accessorie* per loro.

Fra le varie leggi è stata oggetto di ammirazione per alcuni, di biasimo per altri la legge francese del 27 maggio 1885, colla quale

---

[1]) IMPALLOMENI, op. cit., pag. 311.

si stabilì la *relegazione perpetua* dei recidivi in qualsiasi crimine, e degli autori *abituali* di alcuni reati minori, cioè, furto, truffa, mendicità, vagabondaggio, ecc. [1]).

Non criteri scientifici, ma odio contro alcune categorie di delinquenti, ispirarono quel legislatore, sicchè in quella legge furono confusi insieme e sottoposti allo stesso grave trattamento recidivi d'indole diversa.

Quella legge fu criticata sotto tutti gli aspetti, e tra noi severamente dal Lucchini, e non a torto, perchè è molto difettosa. Osserviamo solo che la disposizione dell'art. 4, che indica quali condannati debbono essere relegati a perpetuità, è fondata sopra una presunzione *assoluta* di *incorreggibilità,* che non risponde sempre alla realtà [2]).

Il concetto di *incorreggibilità,* a nostro giudizio, non può escludersi dalla scienza penale; ma è necessario che sia ben determinato. Questa determinazione però non può essere fatta in base a criteri empirici, quali sono il numero delle condanne, la natura di alcuni reati, ecc., ma possibilmente deve farsi in base ai *moventi* delittuosi. E d'altra parte bisogna affidarsi al prudente arbitrio del magistrato per la dichiarazione di incorreggibilità. Nè ci sembra legittima in tutti i casi di incorreggibilità la segregazione perpetua del delinquente.

Nel Portogallo la legge del 21 aprile 1891 modificò le disposizioni del Codice penale sulla recidiva, e stabilì anco una pena accessoria, la *relegazione;* ma anch'essa presenta quei difetti, che sono stati notati nella legge francese.

Nella Repubblica Argentina la legge del 1895 modificò il modo di espiazione di pena per la recidiva *reiterata,* poichè stabilì che le pene correzionali o di prigionia applicate ai delinquenti per la seconda volta recidivi dovranno essere espiate in quella parte del territorio, che sarà stata designata dal potere esecutivo.

Certamente il modo diverso di espiazione di pena per la seconda ed ulteriore recidiva non ha sempre un'azione diretta sul fenomeno della recidiva; ma sembraci che per talune specie di recidivi possa essere di molta efficacia repressiva, specialmente se alla relegazione in una parte del territorio nazionale si aggiunga la perdita di alcuni benefici per il condannato e l'obbligo ad un genere di lavoro, che potrà rendere abile il colpevole a procurarsi, dopo l'espiazione della pena, i mezzi necessari per la vita.

---

[1]) Vedi BERTON, *Code de la relegation et des recidivistes,* Paris, 1886.

[2]) Oramai anco in Francia si sono convinti dell'inefficacia di quella legge.

Opportuno è qui ricordare il Progetto di Codice penale di Norvegia del 1896, già elogiato dai criminalisti, seguaci del positivismo giuridico. In esso si stabiliva la *segregazione a tempo indeterminato* per i delinquenti eccezionalmente pericolosi anco recidivi per la prima volta. E la dichiarazione di pericolosità dovrebbe essere fatta tenendo conto tanto della *natura* dei reati, quento dei *moventi* o dei *sentimenti* manifestati dal colpevole.

A dire il vero, quel Progetto segna un grande passo nella via di quelle riforme, che sono imposte dal moderno movimento scientifico, ma non comprende quanto è necessario per il trattamento delle diverse specie di recidivi. Basti dire che la *segregazione indeterminata* ha un limite; essa non può sorpassare i 15 anni, mentre per alcuni recidivi, non discutiamo riguardo alla proporzione numerica, è necessaria la segregazione a perpetuità.

Fra noi un tentativo per una legge speciale sui delinquenti recidivi per la seconda e le ulteriori volte fu la presentazione del disegno di legge Finocchiaro-Pelloux, modellato sulla legge francese sopra ricordata. Esso fu aspramente combattuto, ed a ragione, da parecchi scrittori e nella Camera dei Deputati dal Nocito e specialmente dal Lucchini.

La relegazione, in quel Disegno di legge, era una pena e nel tempo stesso un provvedimento di polizia.

Senza volerlo, con esso si riproduceva il *domicilio coatto* con tutti i difetti a questo inerenti [1]): e del tutto infondate furono le ragioni addotte da alcuni per sostenere quel disegno di legge, e specialmente vani furono gli sforzi per dimostrare che la *relegazione* non era un *domicilio coatto* riveduto e corretto. Si credette che se ne distinguesse per la procedura e per il giudizio, non che per la sentenza e per il giudice, per la norma di applicazione determinata dalla legge e per l'attuazione ed esecuzione [2]); ma non si considerò che le conseguenze giuridiche, morali, ecc. della *relegazione,* nel modo come questa era regolata con quel Progetto, non erano diverse da quelle prodotte dal domicilio coatto.

Ad ogni modo quel Progetto non potè divenire legge e rimangono come disposizioni di legge *comune* per i recidivi quelle che trovansi nel Codice penale, e che da noi sono state esaminate.

Sonvi però due istituti, l'uno d'indole *giuridica,* l'altro d'indole

---

[1]) Vedi nostre osservazioni critiche in *Riforma giuridica,* an. IX, col. 33.

[2]) Vedi le considerazioni di PUGLIESE in *Riv. giur.* di Trani, 1900, pag. 5.

politico-amministrativa, che si possono considerare come complementi penali della legge comune intorno ai recidivi *abituali,* e che suppliscono al difetto di un trattamento speciale di quella classe di delinquenti, l'*ammonizione* ed il *domicilio coatto.*

Sono però istituti, contro i quali da lungo tempo si sono diretti gli acuti strali di una critica positiva e spregiudicata.

Non è qui opportuno di ricordare tutti gli argomenti più validi giuridicamente e sociologicamente, che si sono messi innanti per dimostrare l'illegittimità e l'inutilità di quegli istituti: solo diciamo che relativamente alla *recidiva* essi non hanno alcuna efficacia, nè *preventiva,* nè *repressiva* [1]).

§ 9.

È necessario tuttavia che si accennino le disposizioni legislative più importanti intorno all'*ammonizione* ed al *domicilio coatto,* perchè nel nostro sistema legislativo, costituiscono, come abbiamo detto, dei complementi penali della recidiva reiterata.

Per l'art. 94 della Legge di *pubblica sicurezza* sono sottoposti all'ammonizione gli *oziosi* ed i *vagabondi abituali,* validi al lavoro e non provveduti dei mezzi di sussistenza, e i *diffamati* per delitti indicati in articoli speciali.

Diffamati sono ritenuti coloro, i quali dalla voce pubblica sono designati come abitualmente colpevoli dei delitti di omicidio, di lesione personale, di minaccia, di violenza o resistenza alla pubblica autorità, e siano stati per tali titoli colpiti da più sentenze di condanna, o sottoposti a giudizio, ancorchè sia questo finito con sentenza assolutoria per non provata reità, ovvero siano incorsi in procedimenti nei quali sia stata pronunziata sentenza od ordinanza di non farsi luogo a procedimento penale per insufficienza di prove (art. 75 Legge cit.).

Sono ritenuti anco come *diffamati* coloro, che sono dalla pubblica voce designati come abitualmente colpevoli di delitti di incendio, di associazione per delinquere, di furto, rapina, estorsione e ricatto, truffa, appropriazione indebita o ricettazione o favoreggiamento di tali delitti, e per questi titoli abbiano subíto condanne o siano incorsi nei procedimenti indicati nell'articolo precedente (art. 96 Legge cit.).

---

[1]) Fra i molti lavori pubblicati sull'argomento si può consultare molto utilmente quello del LUCCHINI, *Sull'ammonizione ed il domicilio coatto,* Roma, 1863.

L'ammonizione, come può rilevarsi dalle disposizioni cennate, e dalle altre, che è inutile qui riprodurre, colpisce specialmente i *recidivi abituali* in alcuni reati gravi, e che per lo più sono il prodotto dell'ambiente sociale.

Essa ha per fine la *prevenzione* delle recidive ulteriori, anzichè la *repressione,* perchè limita, senza dubbio, la libertà individuale di chi è da essa colpito, ma allo scopo di impedire per quanto è possibile la ricaduta nel delitto.

Ma l'esperienza di tutti i giorni ci dà la prova del contrario, ci mostra che l'*ammonizione* per lo più è cagione di ricaduta nella delinquenza, perchè l'ammonito per certi reati, specialmente per quelli contro la *proprietà,* incontra maggiore difficoltà per procurarsi onestamente i mezzi di sussistenza.

Il giurista, di conseguenza, non può considerare l'istituto della *ammonizione,* che per le leggi vigenti ha assunto parecchi caratteri di istituto *giuridico,* come efficace rimedio per combattere la *recidiva ripetuta.*

Esaminiamo ora l'istituto del *domicilio coatto,* che, sebbene si presenti con i caratteri di un istituto *politico-amministrativo,* dovrebbe avere un'efficacia *repressiva,* secondo il pensiero del legislatore ed il modo come è stato regolato.

Possono essere assegnati a *domicilio coatto,* qualora siano pericolosi alla pubblica sicurezza, gli ammoniti ed i condannati alla vigilanza speciale della pubblica sicurezza, che incorrano con distinte sentenze.

1.° in due condanne per contravvenzione all'ammonizione o alla vigilanza speciale;

2.° in due condanne per delitto contro le persone e la proprietà;

3.° in due condanne per violenza o resistenza all'Autorità;

4.° in una condanna per contravvenzione all'ammonizione o alla vigilanza speciale ed in una per delitto della specie indicata ai numeri 2 e 3 (art. 123 *Legge di pubblica sicurezza*).

La legge stabilisce, che la durata del domicilio coatto è da 1 a 5 anni e che si sconta in una colonia o in altro Comune del Regno (art. 124).

È facile rilevare dalle cennate disposizioni che il *domicilio coatto* ha tutti i caratteri di una pena politico-amministrativa, che si aggiunge alla pena giudiziaria, dopo che questa è stata scontata dal delinquente. Si è cercato anco di renderla in qualche modo omogenea alle pene giudiziarie relativamente alla sua finalità, perchè è stato

imposto l'obbligo del *lavoro* (art. 128, *Legge it.*) e si è resa possibile l'emenda del condannato coll'incoraggiamento della *liberazione condizionale* per i coatti, che tengono buona condotta (art. 129).

Dalla Relazione che precedette il Progetto di legge, di cui ci occupiamo si deduce che scopo del legislatore sia stato quello di allontanare, per un termine più o meno lungo, da un Comune, nel quale la sicurezza pubblica versa in condizioni anormali, un certo numero di pregiudicati che si ha ragione di ritenere esecutori dei reati, che si vanno succedendo, ma che non si ha il mezzo di mandare innanzi alla giustizia punitiva, perchè mancano le prove specifiche della loro reità. Ma è detto anco, in quella Relazione, che altro scopo del domicilio coatto è quello di avviare i pregiudicati ad una miglior condotta.

È dunque il *domicilio coatto* un istituto di natura ibrida, creato per raggiungere fini diversi, che non sono facilmente conseguibili. L'esperienza lo ha provato, specialmente riguardo al fine della correzione od emenda dei delinquenti, poichè i coatti maggiormente si pervertiscono e divengono i più pericolosi nemici della società.

Se tale è l'effetto che deriva dal *domicilio coatto*, non può dirsi per gli effetti della *recidiva reiterata*, che con quella istituzione la polizia dà la mano alla giustizia per colpire o per premiare, per intimidire o per emendare, o per ottenere l'impotenza o la riforma del delinquente [1]).

Come vedesi, adunque, presso di noi contro i recidivi non vi sono altri mezzi di lotta che quelli che sono indicati dal Codice penale esclusivamente.

§ 10.

È stato osservato da molti giuristi e sociologi che il più ostinato e più dannoso contributo alla recidiva *reiterata* è offerto da individui che invertono la direzione che la condotta umana deve avere, perchè esplicano la loro attività in modo delittuoso per procurarsi i mezzi necessari per vivere e per godere i vantaggi della vita.

Sono individui animati dalla brama del *lucro* o del *guadagno;* ed il delitto è per loro un mestiere.

---

[1]) IMPALLOMENI, op. cit., pag. 311. L'illustre scrittore ha molta fede nella utilità di quell'istituto, ma i fatti hanno mostrato che maggiori sono i danni, che da essa derivano.

Contro costoro in tutti i tempi e presso tutti i popoli sono state rivolte le misure penali più gravi, perchè le pene ordinarie si sono rivelate irrisorie.

Or nel seno della Commissione di revisione il Brusa proponeva un trattamento speciale per questa categoria di delinquenti, perchè, a giudizio di lui, anco le pene gravi stabilite nel Progetto per la recidiva *reiterata* sarebbero state insufficienti a tutelare la società dagli attacchi di quegli ostinati e pericolosi delinquenti.

Egli propose che nel Codice si aggiungesse il seguente articolo: « Chiunque, avendo subito almeno tre condanne per furto, rapina, estorsione, ricatto, truffa, frode, appropriazione indebita, ricettazione o usurpazione, commetta in terza recidiva l'uno o l'altro di questi delitti, non può essere punito con pena minore di cinque anni di reclusione, qualunque sia la pena incorsa per il nuovo delitto e per la recidiva insieme ».

La proposta non fu accolta, dietro l'osservazione fatta dal Lucchini che l'art. 81, che contemplava la recidiva *specifica,* era stato introdotto appunto per colpire quei delinquenti recidivi, di cui faceva cenno il Brusa.

Ma la proposta fatta da quest'ultimo non era infondata, e tale non deve certamente apparire a coloro, i quali considerano che la maggior parte dei delinquenti di mestiere commettono reati, che importano per lo più pene molto brevi, e che quindi la loro ricaduta sfugge alla sanzione più grave stabilita nell'art. 81. Infatti, per la applicazione del disposto di questo articolo, è necessario che il colpevole sia stato precedentemente condannato a pena *restrittiva* della *libertà personale,* superiore per ciascuna volta ai *tre mesi.*

§ 11.

Abbiamo osservato che il nostro legislatore ha preveduto non solo la recidiva *generica* e la *specifica* e una forma particolare di quest'ultima, che è la recidiva *reiterata,* ma anco un'altra specie di recidiva, quella del *condannato all'ergastolo.*

Infatti nell'art. 84 è disposto che « Il condannato all'ergastolo, il quale commette un altro delitto, soggiace ad un nuovo periodo di segregazione cellulare continua da sei mesi a cinque anni, se il delitto importa la reclusione o la detenzione per un tempo superiore ad un anno: e ad un nuovo periodo inferiore ad otto anni, che può estendersi a tutta la vita, se il delitto importi l'ergastolo.

Il fatto della ricaduta nella delinquenza, quando il colpevole trovasi in espiazione, ha attratto l'attenzione di molti legislatori; e specialmente è stato oggetto di esame la recidiva di colui che, condannato ad una pena perpetua, commette un nuovo delitto durante la espiazione di essa.

In alcuni Codici è stabilita per colui, che commette un nuovo delitto nel tempo in cui sconta una pena perpetua, la pena capitale. Diverse alquanto però sono le condizioni richieste per l'inflizione di questa pena.

Così il Codice francese sancisce la pena di morte per il condannato ai lavori forzati a vita, che commette un nuovo reato punito con la medesima pena; il Codice di Svezia la sancisce per il condannato a vita, che commette un omicidio, quando non concorrano a di lui favore circostanze attenuanti.

La maggior parte dei Codici escludono la pena di morte ed aumentano solo l'intensità della pena, che deve essere espiata dal condannato recidivo.

Prima di far cenno dei diversi Progetti per venire all'esame della disposizione del Codice, è bene distinguere le due ipotesi, cioè:

1.° quella in cui, dopo una sentenza di condanna a pena *temporanea,* il condannato commetta un nuovo reato durante l'espiazione di questa;

2.° l'ipotesi in cui il nuovo reato, nella condizione ora espressa, venga commesso da un condannato ad una pena *perpetua.*

La prima ipotesi è stata contemplata nel *capoverso* dell'art. 76, nel quale è stabilito che le norme contenute negli articoli che regolano il *concorso* dei *reati* e delle *pene,* si applicano altresì « nel caso di un reato commesso dopo la condanna ad una pena temporanea restrittiva della libertà personale e prima che essa sia scontata o mentre si sconta ».

Si prescrive però che « l'aumento della pena, secondo gli articoli precedenti, è rispettivamente di due terzi, della metà o di un terzo, invece della metà, di un terzo o di un sesto ».

Per determinare questo aumento il legislatore ha imposto che si tenga conto soltanto « della parte di pena che rimane da scontare al momento in cui è pronunziata la condanna, dopo aver computato nella pena per il nuovo reato, ove occorra, l'aggravante della recidiva ».

Deducesi dall'insieme di tali disposizioni che, qualora un nuovo reato sia commesso dopo condanna a *pena temporanea restrittiva* della *libertà personale* e prima che questa sia scontata o *mentre* si *sconta,*

fa d'uopo esaminare dapprima, se concorrano
latore richieste per la *recidiva;* se esse conco
tare questa circostanza aggravante, e quindi
condo le norme indicate nell'art. 76 e stabili
reati e delle *pene* nella ipotesi preveduta.

Se le condizioni richieste per la dichiara
concorrono, il colpevole sarà considerato com
si applicheranno le norme generali stabilite
e di *pene.*

Questa disposizione è stata oggetto di cri
battuta fin dal momento, in cui ne fu fatta l
commissione di revisione.

Il Progetto ministeriale non aveva la disp
di cui parliamo, e per la quale anco la pena
una sentenza di condanna *irrevocabile* e prim
di quella, va sottoposta alle norme del *conco*

La Sotto-commissione credette colla propo
di fare una aggiunzione importante. E second
membri di essa, che nel Progetto non erano
i casi di *concorso,* perchè erasi trascurato un
importanti di quelli già preveduti, cioè, il ca
reato commesso da un condannato prima o
della pena.

La proposta però diede luogo a lunga e
seno della Commissione.

Fu osservato dal Calenda che con il capo
turbavano e confondevano le teoriche del con
perchè le regole del concorso si sarebbero do
caso, in cui prima di una sentenza di condan
dicato si fosse consumato un reato non venu
riormente alla prolazione della sentenza, e ch
commesso dopo una sentenza irrevocabile, si
dere il concorso ed ammettere la recidiva pu

Notava egli inoltre che il reo con la co
reato mostra di essersi per nulla emendato d
e merita quindi la nuova pena in tutta la su
gravamento per la recidiva; mentre con la p
missione, dopo l'applicazione dell'aumento pe
fare la tara e ridurre al reo la pena, distrug
principio informatore della recidiva stessa [1]).

---

[1]) *Verbali* cit., n. XIV.

Si associavano alle osservazioni del Calenda il Pessina, il Faranda, il Tolomei. Anzi il Pessina notava, che il *capoverso* non poteva essere avvisato che semplicemente sotto l'aspetto della recidiva, per cui nel testo non si era fatta che una semplice eventuale riserva (*salvo, se vi ha luogo,* ecc.); e proponeva, che del *capoverso* proposto dalla Sotto-commissione si facesse un articolo speciale da porsi nel titolo della recidiva, cancellandosi la clausola « salvo se vi sia luogo l'aggravamento di pena per la recidiva ».

Fu sospesa la votazione della proposta per trattarsene a proposito della *recidiva.*

E discutendosi intorno a questa dichiarava il Lucchini che il capoverso non poteva dare luogo a difficoltà, perchè le stesse ragioni, che consigliavano una mitigazione di pena per il reiteratore, non potevano non tenersi a calcolo, quando si trattasse di giudicare chi delinque in corso di espiazione di pena.

Insisteva ed efficacemente il Calenda perchè si respingesse la proposta della Sotto-commissione per le seguenti ragioni:

1.° perchè la recidiva importa un aggravamento di pena in caso di un secondo reato, e colla disposizione del capoverso si concedeva al recidivo una mitigazione di pena;

2.° perchè era un'incoerenza ammettere la mitigazione della seconda condanna, quando si era già stabilito che per la recidiva era sufficiente la sentenza di condanna per un primo reato e non era necessaria l'espiazione della pena. Concludeva col dire che la disposizione proposta era un giubileo dei delinquenti, perchè l'evaso dal carcere ed il contumace venivano a godere di una diminuzione di pena [1]).

Parecchie considerazioni a sostegno del capoverso furono fatte e principali le seguenti:

1.° che bisognava unificare il modo di espiazione della pena inflitta con precedente condanna e la nuova da infliggersi;

2.° che la somma delle pene sarebbe stata in realtà un moltiplicarle;

3.° che era iniquo che di due condannati ad eguale pena che commettono un nuovo reato della medesima specie dopo di aver ricorso in cassazione, l'uno un giorno avanti e l'altro un giorno dopo il rigetto del ricorso, il primo usufruisse il beneficio del concorso di più reati e di più pene, ed il secondo non solo dovesse rispondere

---

[1]) *Verbali* cit., n. XVI.

della recidiva, ma soggiacere anco all'integrale applicazione della seconda pena sommata colla prima [1]).

Ma dopo tante discussioni il capoverso fu approvato e, secondo l'Auriti, l'innovazione in esso consacrata faceva onore al Codice.

Il Ministro accoglieva la proposta votata e notava che, quando anco non esistesse nell'ipotesi prevista un vero concorso di reati, vi era sempre un concorso di pene che era propriamente l'oggetto di quella disposizione, ed una volta riconosciuto che si trattava di un concorso di pene, era naturale corollario, che si risolvesse in base alle stesse norme.

Aggiungeva che la questione guardata anche praticamente non poteva essere risoluta in modo diverso per evitare gravi inconvenienti; che, « se non si provvedesse come il Codice provvede, si sarebbe dovuto lamentare l'incoerenza che colui, il quale commettesse un altro reato pochi istanti dopo che una prima condanna fosse passata in cosa giudicata, incorrerebbe in una pena a dismisura superiore a quella che gli spetterebbe se lo avesse commesso pochi istanti prima ».

È agevole scorgere che le ragioni addotte per sostenere la necessità della disposizione del *capoverso* sopra cennato hanno poca solidità, specialmente quella che è indicata nella Relazione ministeriale sul testo definitivo. L'inconveniente, a cui si accenna, si verifica in molte altre ipotesi previste dal Codice, come abbiamo già dimostrato in questa stessa opera, e non può essere eliminato, perchè deriva necessariamente dall'intrinseca natura dei sistemi legislativi, nei quali non si può prescindere dalla statuizione di *termini* e di *condizioni* speciali per regolare nel miglior modo possibile la condotta umana.

Ed è per queste considerazioni che ben fu osservato che il Ministro non pensò che anco la differenza di pochi istanti può correre tra colui che nuovamente delinque all'indomani della sua liberazione dalla casa di pena e colui, che delinque invece alla vigilia di essa, e tuttavia il legislatore colpisce il primo colla pena più grave della recidiva.

Ad ogni modo per il Codice vigente colui il quale commette un nuovo reato dopo la condanna ad una pena restrittiva della libertà personale e prima che l'abbia scontata o mentre la sconta, sarà punito come semplice reiteratore, se non concorrono le condizioni ri-

---

[1]) Vedi *Verbali* cit., n. XIV, XVI, XLII.

chieste dalla legge per la recidiva, o, se queste concorrono, sarà colpito colla pena risultante dall'aggravante della recidiva e coll'aumento da determinarsi a termini dell'art. 76. Ciò importa che egli sarà punito meno del recidivo, e con quanta giustizia lo lasciamo giudicare a chi nella scienza si sottrae a pregiudizi di qualsiasi scuola.

Non ci dissimuliamo tuttavia che la posizione giuridica del condannato nell'ipotesi esaminata dà luogo a qualche difficoltà per la determinazione della pena, colla quale lo si debba colpire. Essa fu presentita dall'Auriti, il quale, per giustificare la disposizione del *capoverso,* osservò che una persona che sta scontando la detenzione e commette un altro reato passibile di reclusione non può espiare successivamente l'una e l'altra pena con tutte le rispettive gradazioni [1]). Ma rispondeva con savio accorgimento l'Eula che questa considerazione poteva giustificare che si unificasse il modo di espiare la pena in corso di esecuzione e quella sopravvenuta, ma non mai che si riducesse questa [2]). Ed in realtà la questione da risolvere nell'ipotesi prevista era quella di trovar modo di unificare l'espiazione della pena in corso e la pena sopravvenuta.

La disposizione del capoverso dell'art. 76 ha un precedente nel Codice di Zurigo, ma il principio, a cui essa s'ispira, non è ammesso da tutti i giuristi [3]). Per essa infatti si crea un beneficio a vantaggio di chi non ha ancora espiato la pena.

§ 12.

Esaminiamo ora l'altra ipotesi, quella cioè del condannato ad una pena *perpetua,* che commette un altro reato.

Essa è stata prevista, come già si è detto, dall'art. 84 del vigente Codice.

La disposizione di questo articolo ha i suoi precedenti in vari Progetti. Così nel primo Progetto si proponeva l'aumento di cinque anni della segregazione individuale: in quello del 1867 si stabiliva per l'ergastolano recidivo una restrizione delle facoltà concesse a lui secondo le disposizioni, che nel Progetto stesso erano stabilite, ecc.

---

1) *Verbali,* pag. 213.

2) *Verbali* cit., pag. 214.

3) Il principio accolto dal legislatore è stato criticato da molti nostri giuristi. Vedi Majno, op. cit., pag. 259; Alimena, op. cit., pag. 614, vol. III.

Può dirsi che nella maggior parte dei Progetti si stabiliva un inasprimento della pena con limiti diversi di durata [1]).

Nell'ultimo schema l'articolo, che prevedeva quell'ipotesi, era stato formulato così: « il condannato alla pena dell'ergastolo, il quale commette, dopo la condanna, un altro delitto, soggiace ad un aumento del termine stabilito dal capoverso dell'art. 11 per l'ammissione al lavoro in comune, il quale si estende a tutta la vita, se anche il nuovo delitto importa la pena dell'ergastolo, e si estende da uno a dieci anni, se il nuovo delitto importa la pena della reclusione o della detenzione superiore ad un anno » (art. 79).

Nel seno della Commissione di revisione fu osservato dal Brusa che la disposizione era troppo severa per il caso in cui il nuovo delitto importasse pena restrittiva superiore ad un anno, e proponeva che la segregazione si potesse estendere da uno a sei anni.

Ma l'articolo del Progetto con lievi ritocchi relativamente ai limiti della pena fu approvato.

Or dalla disposizione dell'art. 84 si deduce dapprima che per il condannato all'ergastolo non si fa distinzione fra recidiva *generica* e recidiva *specifica*, perchè trattasi, come diceva il Relatore del Progetto, di un caso affatto eccezionale, nel quale, stante la perpetuità della pena, la recidiva assume un carattere particolare, che non permette la distinzione, ed il cui effetto non può essere se non quello di aumentare l'intensità della pena in proporzione all'entità di quella incorsa col nuovo delitto.

L'unica distinzione che si fa concerne solo l'entità della *pena*, in cui incorre il condannato per il nuovo delitto.

Per i reati di minore gravità di quelli che furono preveduti dal legislatore nell'art. 84, cioè, per quelli che importeranno pene diverse dalla reclusione e dalla detenzione, oppure che, pur importando queste pene, non danno luogo all'applicazione di esse per una durata superiore ad un anno, saranno applicate solo pene disciplinari, come è detto anco nella stessa Relazione ministeriale.

Dalla disposizione dell'art. 84 deducesi ancora che bisogna procedere giudiziariamente sempre contro il condannato all'ergastolo, che commette un nuovo delitto, affinchè sia dal giudice constatata l'entità della pena, che a questo bisogna infliggere.

Ed il còmpito dei giudici, come bene osserva l'Impallomeni, nel caso che il delitto sia di lieve entità da escludere l'applicazione

---

[1]) Nel Codice sardo al recidivo applicavasi la *stretta custodia* (art. 119).

dell'art. 84, sarà limitato a constatare l'esistenza del nuovo reato, e a dichiarare assorbita la pena per essa incorsa in quella dell'ergastolo; provvedimento necessario non solo per conoscere se la nuova pena dovuta sia tale da portare un prolungamento di segregazione cellulare, ma anco per quei provvedimenti disciplinari che l'Autorità carceraria stimerà del caso, ed eventualmente ancora per l'influenza che la nuova sentenza potrà esercitare sui provvedimenti di grazia che l'indulgenza sovrana potrà essere disposta a prendere in favore dell'ergastolano [1]).

Poichè la disposizione dell'art. 84 presuppone, come condizione necessaria di sua applicabilità, che il condannato all'*ergastolo* commetta il nuovo delitto durante l'espiazione della pena, qualora egli sia stato rimesso in libertà per *grazia* sovrana o per indulto, e commetta un nuovo delitto, dovrà essere punito, secondo le norme stabilite negli art. 80 e 81, cioè, coll'aumento di pena, secondo i casi, comminata per la recidiva *generica* o per la recidiva *specifica*. Risulta infatti e dalla *lettera* di quella disposizione e dallo *spirito* che la informa, e che chiaramente si desume dalla Relazione sul Progetto, che il caso in essa previsto è un caso eccezionale, nel quale, stante la perpetuità della pena, la recidiva assume un carattere particolare, per il quale niente altro può farsi che aumentare l'*intensità* della pena.

Non crediamo che sia possibile alcun dubbio su questa interpretazione che diamo all'art. 84. Nel Progetto Mancini era previsto il caso esaminato; difatti nell'art. 86 § 4 era stabilito: « al condannato all'ergastolo, che abbia goduto di indulto o di grazia, l'aumento stabilito nei paragrafi precedenti sarà applicato nel massimo della sua durata ».

Non ci sembra tuttavia che una disposizione speciale sarebbe stata necessaria per dirimere dubbi, che, a nostro giudizio, non possono sorgere [2]).

---

[1]) IMPALLOMENI, op. cit., pag. 312.

[2]) Ha notato l'IMPALLOMENI che confrontando l'art. 84 coll'art. 67 si vede come si fu molto più severi nella recidiva, che nel caso di concorso di delitti e non solo per gli effetti aggravanti, ma anco nell'attribuire nella recidiva efficacia aggravante rispetto a quei delitti, i quali non ne hanno alcuna nel concorso (op. cit., p. 312).

CAPO IV.

Di taluni casi speciali di recidiva.

§ 1.

Nelle disposizioni della legge, che sono state oggetto del nostro esame, sono stabilite le norme generali, che regolano la recidiva *generica* e *specifica*.

Vi sono tuttavia alcune norme particolari per taluni casi di recidiva nello stesso *Codice penale* ed altre nelle *Leggi speciali*. Or tanto delle une quanto delle altre fa d'uopo occuparci per delineare completamente il sistema della nostra legislazione intorno alla recidiva.

Relativamente ai *delitti* occorre fermare l'attenzione sulle disposizioni degli art. 405, 427 e 428 del Codice penale.

L'art. 405 prevede il delitto di *spigolamento* nel fondo altrui, e stabilisce che in caso di *recidiva* nel medesimo delitto il colpevole sarà punito con la detenzione sino ad un mese.

La pena ha una certa gravità, considerata la natura lieve del reato, e considerato anco che il legislatore per questo reato stabilisce, fuori del caso di recidiva, la pena pecuniaria sino a lire cinquanta.

Nell'art. 427 è preveduto il delitto di *ingresso arbitrario* in fondo altrui e viene minacciata la pena della multa di lire cinquanta come per il delitto preveduto nell'art. 405.

Ed il legislatore, avendo considerato di uguale gravità i due cennati delitti, ha equiparato anco la pena per i casi di recidiva. E difatti la recidiva nel delitto di *ingresso arbitrario* nel fondo altrui si punisce colla detenzione sino ad un mese.

Un altro delitto, che ha caratteri comuni coi precedenti, e che non era stato preveduto nel Progetto ministeriale, è quello contemplato nell'art. 428, la *caccia* nel fondo altrui.

Anch'esso è punito con la multa di lire cinquanta; ma per il caso di recidiva la pena è minore di quella stabilita per la recidiva nei delitti previsti negli art. 405 e 427, cioè, è la detenzione fino a quindici giorni.

La diminuzione di pena si può spiegare, considerando che il delitto di caccia nel fondo altrui contro il divieto del proprietario ha una gravità minore degli altri due delitti precedentemente esaminati.

Relativamente alla recidiva nelle *contravvenzioni* sono da considerarsi le disposizioni degli art. 447 e seg. del Codice penale, che fugacemente ricordiamo.

Il legislatore punisce con l'*arresto* sino ad un mese e con l'*ammenda* chiunque apre o tiene aperti luoghi di pubblico spettacolo o ritrovo, senza avere osservato le prescrizioni stabilite dall'Autorità a tutela dell'incolumità pubblica (art. 447). Nel caso però di recidiva nello stesso reato, l'ammenda non potrà essere inferiore a lire trecento. Come vedesi, il legislatore ha provveduto solo per la pena *pecuniaria* vietando al magistrato di potere infliggere nel caso di recidiva l'ammenda inferiore alla somma indicata.

Nell'art. 449 si considera come reato l'aprire agenzie di affari o stabilimenti o esercizi pubblici, per i quali è necessaria una licenza dell'Autorità, senza averla prima ottenuta, o dopo che sia stata negata. Due sono, perciò, le ipotesi contemplate, la seconda più grave della prima; ma tanto per l'una quanto per l'altra è minacciata la stessa specie di pena, l'*ammenda*. Nel caso di recidiva, a questa viene sostituita quella dell'*arresto*, che si può estendere sino ad un mese nel caso in cui il fatto si è commesso dopo che la licenza è stata negata.

Gli altri casi di recidiva in contravvenzioni sono i seguenti:

1.° il proprietario o conduttore di un' agenzia o di uno degli stabilimenti o esercizi indicati nell'art. 449, che non osserva le prescrizioni stabilite dalla legge o dall'Autorità, in caso di recidiva, è punito coll'arresto sino a quindici giorni e colla sospensione dall'esercizio della professione o dell'arte sino ad un mese (art. 450);

2.° colui, che per mercede alloggia o riceve in convitto o in cura alcuno, senza osservare quanto sia legalmente prescritto intorno all'obbligo di registrazioni, di dichiarazioni o denunzie all'Autorità, è, in caso di recidiva, punito coll'ammenda da lire venti a duecento. E se l'industria è esercitata contro il divieto dell'Autorità, nel caso di recidiva, la pena pecuniaria da lire cinquanta può essere aumentata sino a lire cinquecento (art. 451);

3.° colui, che essendo abile al lavoro è colto a mendicare, è punito nel caso di recidiva coll'arresto sino ad un mese (art. 453): se la questua è fatta in modo minaccioso, vessatorio o ripugnante, in caso di recidiva l'arresto può estendersi in durata da uno a sei mesi:

4.° chi permette che una persona minore dei quattordici anni, soggetta alla sua podestà o affidata alla sua custodia, vada a mendicare, è punito per la recidiva coll'*arresto* da due a quattro mesi (art. 456);

5.° colui, che mediante schiamazzi o clamori, abuso di campane o di altri strumenti, ecc. disturba le occupazioni od il riposo dei cittadini o i ritrovi pubblici, in caso di recidiva è punito coll'ammenda che si può estendere sino a lire cinquanta (art. 457);

6.° colui, che in luogo pubblico o aperto al pubblico abusa della credulità popolare nei modi dalla legge indicati, in caso di recidiva, è punito coll'arresto sino ad un mese (art. 459);

7.° chi, in luogo pubblico o aperto al pubblico, tiene un giuoco d'azzardo, o presta all'uopo il locale, in caso di recidiva è punito coll'arresto che può estendersi sino ad un mese; e può estendersi anco sino a sei mesi, se il fatto è *abituale,* o se chi tiene il giuoco sia il conduttore del pubblico esercizio in cui la contravvenzione è commessa (art. 434);

8.° chi, in luogo pubblico, abitualmente è colto in istato di manifesta ubbriachezza molesta o ripugnante, è punito coll'arresto sino ad un mese (art. 488) [1].

9.° chi, attendendo al commercio o ad operazioni di pegno di cose preziose o di cose usate, non osserva le prescrizioni stabilite dalla legge o dai regolamenti rispetto a tale commercio o a tali operazioni è punito, in caso di recidiva, non solo coll'ammenda sino a lire trecento, che è la pena stabilita per la prima contravvenzione, ma anco coll'arresto sino ad un mese e colla sospensione dall'esercizio della professione o dell'arte (art. 495);

10.° l'esercente di un pubblico negozio, che nel medesimo detiene misure o pesi diversi da quelli stabiliti dalla legge, è punito, in caso di recidiva, coll'ammenda estensibile sino a lire cento.

§ 2.

Sono questi i più importanti casi di recidiva, la quale potrebbesi denominare *speciale,* e che sono preveduti dal Codice penale.

Quale la ragione delle disposizioni particolari, che apportano modificazioni ai criteri stabiliti nell'art. 80 da noi estesamente esaminato?

È agevole trovarla, quando si consideri che quelle disposizioni non apportano mutamento alcuno alle condizioni, che il legislatore

---

[1]) Il legislatore usa in questo articolo l'espressione — *se il fatto sia abituale,* ma l'*abitualità* importa *recidiva reiterata.*

ha ritenute necessarie per la dichiarazione di recidiva, e che solo si è proposto di determinare la specie o la durata della pena da doversi infliggere a coloro che ricadono in quelle categorie di reati, di cui abbiamo fatto cenno.

E, come si rileva, negli articoli citati si prevedono parecchi casi di recidiva *specifica* in *delitti* o in *contravvenzioni*, che, secondo il legislatore, debbono essere puniti con pene speciali e più gravi di quelle stabilite per la recidiva specifica in altri *delitti* ed in altre *contravvenzioni*.

I *delitti* e le *contravvenzioni* previsti negli art. 447 e seg. del Codice in sè stessi considerati non presentano carattere di gravità; ma la loro ripetizione può produrre danni individuali e sociali alquanto gravi. Così si spiega perchè, mentre ciascuno di quei *delitti* o di quelle *contravvenzioni*, fuori dei casi di recidiva, è punito con pena relativamente mite e per lo più con pena pecuniaria, nei casi di recidiva a questa si sostituisce la pena restrittiva della libertà personale, l'*arresto*, talora di una durata non lieve, e nei casi in cui questa sostituzione non ha luogo, si aumenta sensibilmente la pena pecuniaria.

Or, se è vero che il legislatore nel caso di recidiva *speciale* che abbiamo esaminato, ha solo relativamente alla pena modificato le norme stabilite nell'art. 80, la conseguenza che necessariamente ne deriva è che per la dichiarazione di recidiva speciale bisogna applicare i principî generali in quell'articolo sanzionati, sia rispetto al *termine*, sia rispetto al modo di computare questo termine.

Non vi sarebbe ragione alcuna giustificatrice di deroga alla disposizione generale ed assoluta dell'art. 80.

§ 3.

Fin qui abbiamo considerato la recidiva in tutte le sue varie forme e nel modo come è regolata dalla legge penale comune, la quale considera le azioni delittuose, e quindi la recidiva nella delinquenza, come fenomeni, che profondamente perturbano i rapporti generali della vita comune.

Vi sono però fenomeni della vita sociale, e quindi vi sono *rapporti giuridici*, che derivano da speciali bisogni dei consociati, e che hanno così grande importanza da dare origine a talune istituzioni e di conseguenza a taluni istituti giuridici, che debbono essere protetti in alcuni casi anco con sanzioni penali.

Avviene ancora che alcune azioni delittuose previste dalla legge penale comune, se sono commesse da persone, che rivestono certe *qualità*, od in particolari *circostanze*, meritano una più grave repressione.

Vi sono, dunque, forme di delinquenze *speciali*, le quali sono prevedute da molte altre leggi particolari, che mutano col mutare dei bisogni sociali o col mutare dell'importanza, che a questi si attribuisce. Ed anco per la *recidiva* in quelle forme di delinquenza sono stabilite norme, che in parte si discostano da quelle che trovansi nel Codice penale.

È per le ragioni ora esposte che giustamente nell'art. 10 del Codice penale è detto: « le disposizioni del presente Codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste diversamente stabilito ».

E nella nostra legislazione abbiamo non poche leggi penali, che stabiliscono norme, che si scostano in tutto od in parte da quelle del Codice, ma vi sono anco leggi, che a queste si uniformano.

Non è possibile trattare qui di tutte queste norme speciali; ma il far qualche considerazione su alcune di esse non è inopportuno.

Il *Codice penale militare per l'esercito* ha norme del tutto diverse da quelle del *Codice penale comune*. Basti dire che non si fa distinzione tra le diverse *specie* di recidiva, e che la recidiva da esso contemplata è sottoposta a norme, che la scienza moderna del giure respinge come ingiuste ed inopportune.

È tuttavia da molto tempo che si lotta per una riforma di quel Codice allo scopo di assoggettare anche la delinquenza *militare*, nei limiti del possibile, alle norme di diritto comune. Ed alcune proposte fatte da illustri giuristi furono accolte nel Progetto di Codice penale militare unico del 20 gennaio 1891.

Infatti, rispetto alla *recidiva* si era introdotta la distinzione fatta dal Codice penale comune in recidiva *generica*, *specifica* ed *aggravata*, e ciascuna di queste forme di recidiva era sottoposta a norme particolari, in gran parte non difformi da quelle sopra esaminate.

Quel progetto però fu approvato dalla Camera del Senato solamente, sicchè restano in vigore per la recidiva in reati militari le norme stabilite dal Codice cennato, che sono molto diverse da quelle del Codice penale comune.

E si scostano anco da questo principalmente l'*Editto* del 1848 sulla *stampa*, la *Legge di Pubblica sicurezza*, la *Legge doganale*, ecc.

Notiamo infine che nel Codice di *procedura penale* nell'art. 635 si contempla un caso speciale di recidiva, poichè in esso è stabilito:

« Se la difesa degli imputati od accusati fosse trascurata, la Corte od il Tribunale può, secondo i casi, in via di disciplina, ammonire i difensori nominati, e in caso di recidiva può anco sospenderli dall'esercizio delle loro funzioni per un tempo non minore dei giorni quindici, nè maggiore dei tre mesi, salvo inoltre il rimborso delle spese che il ritardo avesse occasionato ».

Gli stessi provvedimenti, in via di disciplina, possono esser presi contro gli avvocati ed i procuratori, i quali nelle loro arringhe o negli atti si allontanassero dal rispetto dovuto alla dignità dei giudici, o in qualunque altro modo si rendessero reprensibili nell'esercizio del loro ministero (*capov.* art. 635 Cod. proc. pen.).

Non occorre dire che per la dichiarazione di recidiva nei casi previsti dalle leggi speciali si applicano le norme generali dell'articolo 80, tranne nei casi in cui quelle a queste potessero derogare.

CAPO V.

Limitazioni giuridiche del concetto di recidiva.

§ 1.

Il concetto giuridico di *recidiva* non è il concetto comune. Recidivo comunemente dicesi colui, il quale dopo avere commesso un reato, sia o no incorso in una condanna irrevocabile, abbia o no espiato la pena, commette un nuovo reato. Questo, che è concetto comune della *recidiva,* può ravvisarsi anco come concetto *sociologico,* perchè la *nota* caratteristica è riposta nel fatto della *ricaduta* nella *delinquenza.*

Diverso da questo concetto non solo, ma anco dal concetto *morale,* è il concetto giuridico di *recidiva.* Infatti nell'ordine *morale* recidivo è colui che dopo avere commesso un'azione illecita o ingiusta, ne commette un'altra.

Non si fa distinzione fra azione illecita ed azione ingiusta e si tien conto sopra tutto del fattore *psicologico* determinante l'azione. Onde *recidivo* è per il moralista colui che persiste con coscienza e libero volere nell'operare il male.

Or, se si considerano gli estremi che richiedono i giuristi per ammettere la recidiva, e che già furono da noi esaminati, facilmente si scorge, che il concetto giuridico di *recidiva* ha minore compren-

sione, come dicono i logici, ed estensione del concetto *sociologico* e *morale*.

Le lunghe e non lievi discussioni, che nella scienza da molto tempo si fanno intorno all'indole dei reati, alla necessità o meno della espiazione della pena, ecc., per ammettere od escludere la recidiva, mirano appunto ad una esatta circoscrizione del concetto di questa. E qualunque dottrina si segua, si giunge sempre nel campo *giuridico,* che tanto differisce da quello puramente *morale,* ad un concetto della recidiva, che ha limiti molto ristretti di applicazione. Il nostro Codice ce ne offre la prova più chiara, stabilendo condizioni speciali per la recidiva in genere e per le varie forme di essa.

Il concetto giuridico della recidiva, posto dal nostro legislatore, non potè essere espresso, per la varietà degli estremi richiesti, in una formula rigorosamenle logica; ma è, senza dubbio, denotato con caratteri ben determinati.

Tuttavia per risolvere le non lievi questioni, che nella scienza e nella pratica forense si sono agitate intorno alla recidiva, tanto gli scrittori, quanto i legislatori hanno stabilito alcune *limitazioni* del concetto generale di recidiva, da alcuni considerate come *eccezioni* necessarie all'applicazione di quel concetto.

Non si tratta, a dire il vero, di *eccezioni,* perchè con esse non si modificano gli estremi della nozione della recidiva in tutte le sue forme varie considerata, ma di *limiti giuridici* per essa stabiliti. Colla determinazione esatta di questi si mira ad escludere qualsiasi dubbio intorno al concetto della recidiva, quale viene stabilito nella scienza o nei Codici.

Nel nostro Codice tali limiti sono indicati nell'art. 83, che è così formulato:

« Per gli effetti delle disposizioni degli articoli precedenti non si tien conto:

1.° delle condanne per contravvenzioni rispetto a quelle per delitti e viceversa;

2.° delle condanne per delitti commessi per imprevidenza o negligenza o imperizia nell'arte o professione o per inosservanza di regolamenti, ordini o discipline, rispetto alle condanne per altri delitti e viceversa;

3.° delle condanne pronunziate per reati esclusivamente militari;

4.° delle condanne pronunziate da tribunali stranieri ».

In questa disposizione, adunque, si contemplano dal legislatore alcune ipotesi, per le quali non si dà luogo a dichiarazione di recidiva.

Ma, siccome nella scienza si discute non solo intorno ad esse, ma anco intorno ad altre dal nostro legislatore non contemplate, e discordi sono le opinioni degli scrittori e diversi i sistemi legislativi, così è necessario esaminare prima quelle ipotesi, che sono prevedute dal Codice, e poi trattare delle altre.

Fa d'uopo intanto premettere che nel Progetto ministeriale si negava effetto per la dichiarazione di recidiva solamente alle condanne pronunciate dai tribunali stranieri, e nell'art. 78 era detto: « Le condanne pronunciate dai tribunali stranieri non hanno effetto per l'applicazione degli articoli precedenti ».

Ma, come vedremo fra breve, l'esclusione della recidiva da *delitti a contravvenzioni* fu proposta dalla Sotto-commissione di revisione ed accettata dalla Commissione; l'esclusione della recidiva da reati *dolosi* a reati *colposi*, da reati esclusivamente *militari* a reati *comuni* fu proposta dalla Commissione senatoria.

Ciò premesso, esaminiamo le ipotesi previste dall'art. 83.

§ 2.

Per la disposizione del n. 1 di questo articolo è esclusa la recidiva da *delitto* a *contravvenzione*, e da *contravvenzione* a *delitto*. È ammessa di conseguenza la recidiva da *contravvenzione* a *contravvenzione*.

La ragione dell'esclusione dal calcolo della recidiva delle condanne per *contravvenzione* in rapporto alle condanne per *delitto* è da ricercarsi nella diversità di natura delle due specie di reati, che, secondo i dettami della scienza, ai quali si è ispirato il nostro legislatore, è non solo diversità *oggettiva*, ma anco *soggettiva*.

Inoltre le *contravvenzioni* offendono solo *mediatamente* il diritto privato o pubblico, i *delitti* invece si risolvono tutti in una *lesione* di un determinato diritto, che può anco essere di spettanza pubblica o privata [1]. Evvi perciò anco una differenza di *obbiettività* giuridica.

Onde fra un *delitto* ed una *contravvenzione* commessi da una stessa persona non sussiste e non può sussistere quel fattore o nesso speciale *psicologico*, che è prova della maggiore pericolosità del delinquente e per la quale si giustifica appunto l'aggravamento della pena nella recidiva. E tutte le legislazioni infatti escludono la recidiva nell'ipotesi esaminata.

---

[1]) *Relazione ministeriale sul Progetto*, pag. 58.

Il Codice vigente però, a somiglianza di altri Codici, ammette la recidiva per le *contravvenzioni* tra loro. Non mancano tuttavia legislazioni, che la escludono, come, ad esempio, il Codice di S. Marino, il Codice germanico, ecc.; e scrittori, che sostengono doversi escludere, perchè la ricaduta nelle *contravvenzioni* non è indice di maggiore temibilità o pericolosità del delinquente.

Sembra però alla maggioranza dei giuristi che convenga evitare le dottrine estreme, perchè, considerando il modo naturale di svolgersi della vita sociale, che è modo progressivo, si osserva che maggiore è il bisogno di proteggere i consociati non solo contro coloro i quali preferiscono la vita oziosa alla vita attiva e turbano la quiete sociale (oziosi, vagabondi, mendici, ecc.), ma anco contro coloro, i quali sono trascurati nell'adempimento di alcuni doveri sociali. Questa è la dottrina prevalente e gli sforzi degli scrittori sono stati rivolti alla ricerca di criteri certi per determinare i casi, nei quali la recidiva nelle *contravvenzioni* meriti di essere considerata circostanza aggravante.

Uno dei criteri, che tende a prevalere, e che anco noi riteniamo scientifico, è quello della *identità* della violazione giuridica, perchè essa è anco indice di maggiore *pericolosità* del delinquente.

Diverse poi possono essere le *condizioni* da richiedersi per l'applicazione opportuna di quel criterio. Può richiedersi infatti una minore brevità di *tempo* per ammettere l'aggravamento di pena, o esigersi che le contravvenzioni siano commesse in un determinato *spazio,* ecc. Le quali condizioni sono richieste anco da alcuni Codici.

Ci preme infine notare che la materia delle contravvenzioni acquista di giorno in giorno maggiore estensione, perchè aumenta il bisogno della tutela sociale. Onde è necessario che su quella classe di infrazioni si fermi ancor di più lo studio scientifico per disciplinare bene la recidiva.

Per l'applicazione delle norme legislative alla recidiva da *contravvenzione* a *contravvenzione* valgono le osservazioni da noi precedentemente fatte sulla recidiva *generica, specifica* e *reiterata,* perchè quelle norme, che trovansi sotto il *Titolo VIII* del *Libro I* del Codice, si applicano non solo ai *delitti,* ma anco alle *contravvenzioni.*

§ 3.

Per la disposizione del numero 2.º dell'art. 83 sono escluse dal calcolo della recidiva le condanne per delitti *involontari* o *colposi.* Di conseguenza non è ammessa recidiva da delitto *doloso* a delitto

colposo e viceversa: ma è ammessa la recidiva da delitto *doloso* a delitto *colposo*.

La recidiva da delitto *doloso* a delitto *colposo* e viceversa non era ammessa dal Codice toscano; era implicitamente preveduta dal Codice sardo, perchè i reati *colposi* erano puniti come *delitti* e la legge ammetteva la recidiva da *delitto* a *delitto* senza fare alcuna distinzione. Ma sotto l'impero di quel Codice alcuni illustri scrittori notarono che l'aggravamento della recidiva, avendo la sua ragion d'essere nella maggiore perversità del delinquente, che si rivela nella ripetizione volontaria del fatto antigiuridico, non poteva estendersi ai delitti seguiti per *colpa* e *contro l'intenzione* del delinquente [1].

La maggior parte dei Progetti che precedettero il Codice vigente esclusero la recidiva, di cui ci occupiamo. Nel Progetto Vigliani ed in quello del 1887 non si faceva cenno di essa. Fu richiamata l'attenzione della Camera dei Deputati su questo silenzio del Progetto dall'on. Simeoni, il quale notò che non si può accomunare la colpabilità per un fatto *colposo* con quella di un fatto *doloso*.

La Commissione senatoria proponeva non solo di non ammettere la recidiva tra reati *dolosi* e reati *colposi*, ma anco di escludere la recidiva dei reati colposi tra loro, e formulava la disposizione del n. 2 dell'art. 79 del controprogetto, negando effetto per l'applicazione degli articoli sulla recidiva alle « condanne pronunciate per i delitti contemplati nel primo capoverso dell'art. 46 »: *capoverso* redatto nel modo seguente: « Nei delitti, nessuno può essere punito per un fatto, ove dimostri che non lo ha voluto come conseguenza della sua azione od omissione, tranne che la legge non lo ponga altrimenti a suo carico ».

Il Ministro accolse la proposta, ma adoperò una formula ben diversa, cioè quella stessa adoperata negli art. 371 e 375, che contemplano l'uno l'*omicidio colposo* e l'altro la *lesione personale colposa*. Fu disposto quindi che per gli effetti della recidiva non si deve tener conto « delle condanne per delitti commessi per imprudenza o negligenza, o per imperizia nell'arte o professione, o per inosservanza di regolamenti, ordini o discipline, rispetto alle condanne per altri delitti, e viceversa ».

E ben fu adoperata tale formula, perchè con essa chiaramente si determina la nozione del reato *colposo*.

---

[1]) Roberti, *Corso di diritto penale*, vol. III, n. 905; Nicolini, *Supplemento alla collezione delle leggi*, vol. I, n. 78; Pessina, op. cit., pag. 310.

Così il legislatore dirimeva ogni dubbio di interpretazione accogliendo esplicitamente un principio, sul quale nella scienza non si discute.

E per l'affermazione di questo principio era stato ben detto dal Mancini, nella Relazione, che precedette il Progetto da lui presentato alla Camera dei Deputati, che i reati involontari non possono costituire recidiva rispetto ai reati volontari, nè questi rispetto a quelli, imperocchè gli uni sono commessi per malvagità di proposito, gli altri, all'incontro, senza volontà diretta a violare la legge, ma per semplice imprudenza; che di conseguenza manca fra i medesimi il nesso, pel quale sia lecito l'aggravare la pena dell'uno in considerazione della pena per l'altro. Forse con maggiore precisione sostenne lo stesso principio il Paoli, quando scrisse che non vi è nè nesso logico, nè nesso giuridico, che possa congiungere od avvicinare a qualsiasi effetto condanne pronunziate per reati *affatto diversi nella loro essenza;* e che, come sarebbe manifesto errore il trattare più severamente, come recidivo, chi ferisce in una rissa, perchè altra volta, andando a caccia ferì, esplodendo imprudentemente il fucile, taluno da lui non veduto, così non potrebbe considerarsi come recidivo colui il quale, dopo aver commesso ed essere stato condannato e punito per un omicidio *doloso,* ritornato in libertà, cagionasse la morte di un altro uomo per la caduta di un vaso di fiori, da lui tenuto imprudentemente senza ritegni sopra una finestra sporgente sulla pubblica via [1]).

Ma, se il legislatore ha escluso la recidiva da delitto *doloso* a delitto *colposo* e viceversa, ha ammesso d'altra parte la recidiva da delitto *colposo* a delitto *colposo,* come risulta chiaramente dalla redazione del disposto del n. 2 — *delle condanne per delitti commessi per imprudenza,* ecc. — rispetto alle *condanne per altri delitti.* Non è esclusa quindi la recidiva per le condanne dei delitti commessi per *imprudenza,* ecc. rispetto alle condanne per gli *stessi delitti.*

Si è detto che il legislatore disponendo, per l'esclusione della recidiva da delitto *doloso* a delitto *colposo,* e viceversa, ha adoperato, per dare la nozione del delitto *colposo* la formula, che trovasi negli art. 371 e 375 del Codice penale, che si riferiscono all'*omicidio colposo* ed alla *lesione personale colposa.*

Or, potrebbesi da siffatta circostanza dedurre che la disposizione del n. 2 dell'art. 83 si applichi solo a quei delitti che separatamente

---

1) PAOLI, *Esposizione storica e scientifica,* vol. I, pag. 214.

ed in modo esplicito sono stati dal legislatore considerati come delitti *colposi*.

Tale interpretazione non sarebbe esatta, poichè, come bene ha osservato il Civoli, del quale riportiamo qui le parole, sebbene la maggior parte dei reati sia costituita da azioni sulla cui gravità influisce il rapporto nel quale la volontà di chi le ha compiute sta col risultato cui hanno dato luogo, tuttavia sonvi alcuni reati rispetto ai quali l'intenzione dell'agente non influisce per modo alcuno sulla gravità loro, quale ad esempio l'infedeltà al mandato diplomatico prevista dall'art. 111.

Rispetto a questi reati, dice egli, il legislatore incrimina direttamente il fatto, atto a produrre quel risultato che egli ritiene dannoso, e prescinde, nel descriverli, così dall'elemento intenzionale, come dalla specificazione del danno, in vista del quale ha proceduto alla loro incriminazione [1]).

Da ciò la conseguenza che per applicare rettamente la disposizione del n. 2 dell'art. 83 è necessario esaminare direttamente l'elemento morale del primo delitto, che non sempre facilmente si può desumere dall'articolo di legge in base al quale fu pronunziata la condanna.

Occorre quindi che il magistrato, che deve giudicare dell'esistenza o meno della recidiva, esamini il contenuto della precedente sentenza di condanna, scruti le ragioni, per le quali il primo magistrato inflisse la pena, e se constata, ciò che non sempre sarà agevole, che il delitto fu ritenuto effetto di *imprudenza, negligenza*, ecc., a dire meglio, di *colpa*, escluderà la condanna dal calcolo della recidiva.

§ 4.

La maggior parte delle legislazioni ammettono la recidiva nei reati *colposi* tra loro; ma in alcuni Codici neppure è ammesso il minimo aumento di pena, come, ad esempio, nel Codice di S. Marino, nel Codice portoghese, ecc.

E nella scienza da lungo tempo si disputa sulla legittimità o meno di tale specie di recidiva. Discordi sono infatti le dottrine dei più illustri scrittori, e la divergenza deriva principalmente dalla diversità delle premesse, da cui essi muovono.

1) Civoli, *Manuale di diritto penale*, pag. 594.

Sostengono invero alcuni che, avendo l'aggravamento di pena a causa di recidiva la sua base sulla maggiore *perversità* del delinquente, non possa essere esteso a coloro che ricadono in delitti *colposi*, perchè questi non sono effetto di volontà malvagia [1]).

Questa dottrina è respinta invece da quelli, che non accolgono le premesse cennate, perchè credono che l'aggravamento di pena per recidiva non si possa giustificare col principio della maggior pravità d'animo del delinquente, ma solo coll'altro dell'ostinato o del maggiore disprezzo della legge [2]).

È respinta parimenti da quegli altri scrittori, i quali ritengono che, consistendo la colpa in una *volontaria negligenza* o nella *volontà trascurata* nel prevedere le possibili lesioni del diritto, la ricaduta costituisce un pericolo sociale gravissimo, che debba essere scongiurato con l'aggravamento della punizione [3]).

È facile accorgersi che sulla risoluzione del quesito propostosi dagli scrittori influiscono i principî che si seguono per giustificare la punibilità dei reati colposi e la nozione giuridica che di questi si dà.

Non è pertanto qui il luogo opportuno per un'indagine scientifica intorno alla natura dei delitti *colposi* ed al fondamento giuridico della loro punibilità [4]). Diciamo solo che altrove abbiamo sostenuto la non punibilità dei delitti colposi, movendo dalla determinazione della ragione d'essere della funzione sociale di repressione e dei limiti, entro i quali deve esercitarsi. Abbiamo affermato che i delitti *colposi* possono solo dar luogo a responsabilità *civile* per risarcimento di danno, e che per talune categorie di persone si possono adottare provvedimenti diversi per meglio proteggere i consociati contro l'imprudenza o negligenza altrui [5]).

Ma, a prescindere dalla dottrina della non punibilità dei delitti colposi, vi è da osservare che la recidiva è circostanza aggravante la responsabilità in quanto essa rivela nel delinquente una maggiore temibilità, la quale presuppone la *volontà* di violare l'ordine giuridico, ledendo i diritti o del privato o della società. Or questa *volontà*

---

[1]) Vedi PESSINA, op. cit.; NICOLINI, op. cit.

[2]) Vedi CONTI, op. cit., seguito dal MANZINI, op. cit.

[3]) IMPALLOMENI, op. cit., pag. 230; ALIMENA, op. cit., pag. 446; BRUSA, *Saggio di una dottrina generale del reato,* pag. 86, ed altri molti.

[4]) Si può consultare utilmente su tale argomento il lavoro dello STOPPATO, *L'evento punibile.*

[5]) Vedi *La psicologia della colpa* (in *Scuola positiva,* 1901) e l'altro lavoro: *Responsabilità con colpa e senza colpa* (nella stessa *Rivista,* an. 1902).

manca appunto nei delitti *colposi*, e di conseguenza non è a parlare riguardo ad essi di *temibilità*, tranne che non si voglia attribuire a questa voce un significato che comunemente ed anco scientificamente non ha.

È in tema di delitti *colposi* che opportuna è la distinzione già fatta da Romagnosi ed accolta oggi da parecchi giuristi per distinguere la sfera del diritto *penale* da quella del diritto *civile*, la distinzione, cioè, tra *delinquente* ed uomo *nocevole*.

E di vero colui il quale commette per *negligenza* od *imprudenza*, ecc., azioni lesive dell'altrui diritto, è un uomo *nocevole*, non un *delinquente*.

Fatta tale distinzione, non regge più il ragionamento fatto da alcuni, che, per giustificare la recidiva da delitto colposo a delitto colposo, dicono che il delinquente più pericoloso è quello che, malgrado l'intervento dell'Autorità sociale, persiste nell'uso di determinati mezzi antigiuridici, in quanto in esso si manifesta una speciale e più intensa ritrosia ad abbandonare certi anormali modi di agire [1].

Questo ragionamento è applicabile ai *delinquenti* nel senso proprio della parola, che non sono certamente coloro che commettono azioni antigiuridiche per *colpa*. Costoro sono individui nocevoli, che debbono essere assoggettati a trattamento giuridico particolare.

Ed è notevole poi che alcuni di coloro che ammettono la punibilità dei delitti colposi e la recidiva tra essi, sentono il bisogno di dichiarare che non essendo gli autori di quei delitti veri e propri malfattori, ma imprudenti, è necessario procedere con molta moderazione nel determinare gli aggravamenti, e riserbare la più severa repressione soltanto nei casi, dove questa sia assolutamente richiesta [2].

In questa dichiarazione si contiene la prova manifesta dell'inesattezza delle premesse, dalle quali muovono coloro, che ammettono non solo la punibilità di alcuni fatti *colposi*, ma anco la *recidiva*.

§ 5.

Un altro caso di limitazione, o di eccezione alle norme stabilite per la recidiva, è preveduto nel terzo numero dell'art. 83.

Nella disposizione in questo numero contenuta è detto che per

---

[1]) MANZINI, op. cit., pag. 608.

[2]) Vedi l'opera dell'autore sopra citato, pag. 608.

gli effetti della recidiva non si deve tener conto « delle condanne pronunziate per reati esclusivamente militari ».

Con questa disposizione il nostro legislatore ha escluso la recidiva da reato *militare* a reato *comune.*

Nel Progetto ministeriale non eravi questa disposizione, non perchè si riconoscesse tale specie di recidiva, ma per la ragione, che in quel Progetto era stata, come già si è detto, preveduta solamente la recidiva *specifica,* come nel Codice toscano, e di conseguenza era stata implicitamente esclusa la recidiva da reati *militari* a reati *comuni,* che sono reati d'*indole diversa.*

Ma, introdotta la recidiva *generica* dietro le considerazioni e le proposte fatte dalle Commissioni parlamentari, fu necessario aggiungere nell'art. 83 la disposizione, di cui abbiamo fatto cenno.

Così il nostro legislatore esplicitamente si uniformò al principio riconosciuto dai Codici abrogati, dai Progetti precedenti e dalle legislazioni straniere.

Or è bene notare che quasi tutti i Codici ammettono che non si dà luogo a recidiva da reati *militari* a reati *comuni;* alcuni implicitamente, perchè non riconoscono altra forma di recidiva, che quella *specifica* (come, ad esempio, il Codice germanico, il Codice greco, le leggi inglesi, ecc.); altri, pur ammettendo la recidiva *specifica,* esplicitamente dispongono che non evvi recidiva da reato militare a reato comune (come, ad esempio, il Codice portoghese). I Codici poi, che ammettono la recidiva *generica,* esplicitamente escludono la recidiva, di cui trattiamo.

Fanno eccezione alla regola sancita dalle diverse leggi il Codice *olandese,* che all'art. 421 dispone che si tenga conto, agli effetti della recidiva solamente delle condanne militari per reati contro la *proprietà,* ed il Codice *vallese,* che attribuisce intiera efficacia alle condanne dei Tribunali militari per la recidiva in reati comuni.

Presso di noi il Codice sardo-italiano disponeva: « Il condannato da un Tribunale militare, che posteriormente alla sentenza commetterà un crimine o delitto, sarà punito secondo le regole stabilite negli articoli precedenti, se la prima sentenza sarà stata pronunciata per crimine o delitto contemplati nel presente Codice » (art. 126).

Nessuna disposizione era nel Codice toscano, perchè ammetteva solo la recidiva specifica, che consisteva nella ricaduta in delitto della medesima specie, e di conseguenza implicitamente veniva esclusa la recidiva da reato militare a reato comune.

Nei vari Progetti, che precedettero il Codice vigente, era anco o implicitamente o esplicitamente esclusa la recidiva fra reati militari

e reati comuni. Ed in quelli, nei quali esplicitamente era dichiarato questo principio, furono adoperate formule diverse alquanto fra loro, ma che non lasciavano tuttavia luogo a dubbio alcuno intorno ai limiti dell'applicazione di quel principio [1]).

Nell'ultimo schema di Progetto, come si è osservato e per le ragioni già esposte, non era esplicitamente proclamato quel principio. Ma la Commissione senatoria, che propose anco l'introduzione nel Codice della recidiva *generica*, fu costretta a stabilire dei limiti, e fra gli altri anco quello dell'inapplicabilità del concetto di recidiva *generica* fra reati puramente militari e reati comuni. Proponeva l'aggiunzione nell'art. 79 (art. 83 del Codice) di una disposizione, che dichiarasse non dover avere effetto per l'applicazione delle norme della recidiva « le condanne pronunciate da Tribunali militari per reati puramente militari ».

Il Ministro accolse la proposta modificando la formola in meglio, dichiarando, cioè, che per gli effetti delle disposizioni concernenti la recidiva, non si deve tener conto « delle condanne pronunziate per reati esclusivamente militari ».

La formola adoperata nel testo definitivo è la migliore fra tutte quelle che si trovavano nei Progetti precedenti e nel Codice sardo-italiano.

In questo Codice, nel secondo Progetto De Falco, nel Progetto Vigliani ed in qualche altro Schema si faceva cenno del magistrato, dal quale doveva essere pronunziata la condanna per reato esclusivamente militare, cioè si richiedeva la condanna proferita da *Tribunali militari*. Le formole adoperate erano scorrette e avrebbero potuto dar luogo a dubbi e ad inconvenienti. Basti il considerare, che in alcuni casi preveduti dagli art. 337 e 338 del *Codice penale per l'esercito* (casi di *complicità* o di *connessione*), il magistrato comune giudica anco di reati esclusivamente *militari*.

Nella disposizione del n. 3 il legislatore ha adoperato la voce *reati* invece dell'altra *delitti*, che trovavasi nel primo Progetto Zanardelli, nel Progetto Savelli e nel Progetto Pessina. Ed è lodevole, perchè, come bene osserva il Vico, il legislatore militare può anche

---

[1]) Le ragioni della esclusione delle condanne per reati *militari* possonsi considerare riassunte nella Relazione del MANCINI sullo schema del suo Progetto. Diceva egli: « I doveri speciali del soldato, le sanzioni speciali che colpiscono i suoi trascorsi d'indole militare, e la giurisdizione speciale, dalla quale queste sanzioni sono applicate, richiedono che le condanne proferite dai Tribunali militari non si valutino per la recidiva »,

non distinguere i reati in *delitti* e *contravvenzioni;* e li distingua o no, il legislatore comune non deve darsi pensiero di ciò che potrà statuirsi in materia militare, perchè, qualunque sia la denominazione del fatto a norma del Codice militare, ciò non interessa al giudice ordinario, il quale, per decidere della recidiva, deve, in ogni caso, porre il fatto giudicato a confronto delle disposizioni del Codice comune [1]).

In diversi Progetti per determinare con precisione di quali delitti *militari* non si dovesse tener conto per gli effetti della recidiva si erano usate espressioni diverse. Nel secondo Progetto De Falco si accennava a *reati puramente militari,* nel Progetto Vigliani a *reati puramente militari non preveduti* in esso; nel primo Progetto Zanardelli, nel Progetto Savelli ed in quello del Pessina a *delitti esclusivamente militari.*

Nel Codice si è accolta quest'ultima *dizione,* sostituendo alla voce *delitti* l'altra *reati.* Onde non è dubbio alcuno che per delitti esclusivamente militari bisogna intendere quelli che sono preveduti solo nel *Codice penale militare,* e non trovansi indicati nella legge penale comune: e sono appunto quei delitti, alla essenza dei quali è necessaria la qualità o condizione speciale di *militare:* concetto chiaramente espresso dai Romani con questa definizione: « *Proprium militare est delictum quod quis uti miles admittit* » [2]). Delitti *militari* esclusivamente sono, ad esempio, la *diserzione,* l'*abbandono del posto,* la *violazione di consegna,* ecc.

§ 6.

Ma, per quanto chiara si presenti la redazione del disposto dell'art. 83, n. 3, pure dubbi possono sorgere nell'applicazione di esso: dubbi già messi innanti dagli interpreti del Codice penale militare.

Ha osservato il Vico, che i reati previsti nei vigenti Codici militari, come anco nei Codici stranieri, possono distinguersi in tre categorie, cioè:

1.° reati *esclusivamente militari,* come l'*ammutinamento,* la *diserzione,* ecc.;

2.° reati *comuni, veri* e *propri,* come, ad esempio, la *calunnia,* la *corruzione,* il *furto,* ecc.;

---

[1]) Vico, *Per l'interpretazione dell'art. 83, n. 3* (in *Suppl. alla Riv. pen.,* vol. I, pag. 193).

[2]) Fr. 2 Dig. *de re militari* (XLIX, 16).

3.° reati *obbiettivamente militari*, come, ad esempio, la *resistenza alla forza armata militare*, l'*abuso di autorità*, l'*insubordinazione*, ecc.

La distinzione corrisponde perfettamente all'indole diversa dei reati militari preveduti dai Codici militari. Or questa distinzione ha fatto sorgere dubbi sull'applicazione del disposto del n. 3 dell'art. 83 ai reati *militari* dell'ultima categoria.

E di vero i reati compresi nella prima categoria sono indubbiamente reati *esclusivamente militari*, dei quali non si deve tener conto per gli effetti delle norme stabilite per la recidiva.

I reati compresi nella seconda categoria, essendo preveduti anche dalla legge *comune*, debbono tenersi in considerazione nel calcolo della recidiva.

Il dubbio concerne solo i reati della terza categoria, perchè, a rigore di termini, non si possono considerare come reati esclusivamente militari, perchè contengono alcuni elementi, che sono propri anco dei reati comuni, come, ad esempio, l'uso della *violenza*, e d'altra parte non possonsi a rigore considerare reati della seconda categoria, perchè acquistano un carattere speciale, sia per l'indole militare del diritto violato, sia per la qualità speciale del colpevole e dell'offeso [1]).

Molti scrittori hanno fermato l'attenzione specialmente sopra uno dei reati dal Vico ben denominati reati *obbiettivamente militari*, l'*insubordinazione*, ed han sostenuto che questo debba considerarsi come reato esclusivamente militare, e che di conseguenza la condanna pronunziata per quel fatto non si debba tenere in conto agli effetti della recidiva [2]).

Il Vico ha notato che gli scrittori francesi giustamente sostengono questa dottrina, perchè, secondo le leggi francesi, *insubordinazione* è semplicemente la disubbidienza agli ordini del superiore, mentre per la legislazione militare nostra essa è insulto, minaccia o via di fatto verso un superiore, allo stesso modo che l'abuso di autorità è la via di fatto, usata verso un inferiore [3]). Onde, secondo questo scrittore, delle condanne per *insubordinazione* devesi tener conto nella recidiva.

Ma non è il caso di esaminare la questione sopra proposta, considerando solo il reato di *insubordinazione;* bisogna che si stabilisca un criterio generale, per vedere se quei reati che sono *obbiettiva-*

---

[1]) Vedi VICO, op. cit.

[2]) Vedi CHAUVEAU et HÉLIE, op. cit.; CRIVELLARI, op. cit.

[3]) VICO, l. cit.

mente militari, per gli effetti della recidiva, debbono considerarsi come compresi nella prima o nella seconda categoria, cioè se di essi bisogna o no tener conto nel calcolo della recidiva.

Alla questione posta in tali termini si è data la risoluzione più grave.

Si è osservato infatti da alcuni che nei reati obbiettivamente *militari* la materialità è composta di un fatto essenzialmente comune, e che il motivo speciale che potè spingere il colpevole a commettere il reato nulla toglie al carattere del fatto [1]).

A noi sembra che, a voler fare una retta applicazione della legge, non si possa ammettere *recidiva* nell'ipotesi che esaminiamo, perchè i reati obbiettivamente *militari* non sono veri e propri reati comuni (e ciò si riconosce anco dai sostenitori della tesi contraria), quantunque contengano una lesione di diritto *comune.* E non vi è ragione di assimilarli ai reati comuni per aggravare la condizione del colpevole.

Aggiungasi, che nei giudizi militari non vi sono tutte le garentie processuali e morali proprie dei giudizi ordinari, sicchè non si può neppure essere sicuri sempre della giustizia della condanna.

Ad ogni modo, data l'ibrida natura di quei reati, non vi è ragione di non interpretare benignamente la legge, quando tanti vantaggi si accordano anco per legge ai colpevoli, in casi in cui non si dovrebbero loro concedere.

§ 7.

Un altro dubbio si presenta nell'applicazione della legge, quando nel valutare la recidiva si deve tener conto della *quantità* della pena inflitta colla condanna precedente, poichè, come si è già visto, la legge all'art. 80 ha stabilito *limiti* per la dichiarazione di recidiva, variabili secondo la durata della pena precedentemente inflitta, e specialmente per la dichiarazione della recidiva *reiterata.*

Ed il dubbio ha molta gravità, perchè le leggi militari puniscono diversamente dal Codice penale comune i reati militari, che sono anco reati comuni veri e propri, quanto i reati obbiettivamente militari.

Or il Codice penale non contiene alcuna norma, che indichi in qual modo il magistrato debba valutare la pena inflitta con prece-

---

[1]) VICO, l. cit.; MANZINI, op. cit., pag. 255.

dente sentenza del Tribunale militare. Ma gli interpreti di essa e gli scrittori sono concordi nel sostenere che il giudice deve tenere presente, nel calcolo della recidiva, la pena che sarebbe stata inflitta, qualora si fossero applicate le disposizioni del Codice comune, e non mai quella inflítta secondo le leggi militari [1]).

Anco coloro, che sull'argomento che trattiamo hanno seguíto la dottrina più rigorosa, hanno accolto tale interpretazione [2]).

Osserva infatti il Vico che nei Codici militari la pena stabilita per i reati comuni e molto spesso quella stabilita per i reati obbiettivamente militari è più grave di quella, che è sancita nel Codice penale comune, per le specialità di circostanze di luogo, di tempo, di persona o di servizio concorrenti nel reato, e che quindi sarebbe ingiusto che nel calcolo della recidiva non fosse eliminato l'aumento di pena stabilito a causa di quelle circostanze.

Ed il magistrato ordinario, che giudica il nuovo reato commesso dal colpevole dopo una sentenza di condanna di Tribunale militare, deve solo esaminare per quale reato ebbe luogo la condanna e quale pena si sarebbe inflitta a norma del Codice penale comune [3]).

Non bisogna però dissimularsi le difficoltà non poche, che possono presentarsi in simili casi, perchè il Codice comune stabilisce per lo più una latitudine di pena abbastanza estesa, sicchè talora dall'applicazione del minimo o del massimo di essa può dipendere l'esclusione o la dichiarazione di recidiva.

Or nel dubbio se bisogna seguire la massima tradizionale della benignità verso il colpevole *in dubiis*, il magistrato dovrebbe attenersi al minimo della pena stabilito dal Codice penale comune per il reato, che diede luogo alla condanna precedente.

Nella disposizione del n. 3 dell'art. 83 non trovasi l'inciso « e viceversa », che leggesi invece nelle disposizioni del n. 1 e 2.

È facile comprendere la ragione della omissione. Spetta solo al Codice penale *militare* stabilire se la ricaduta da un reato comune in un reato militare costituisca o meno una circostanza aggravante. E per quel Codice una precedente condanna per reato comune si tiene in conto per la recidiva, quando si giudica di un reato militare (art. 49 del *Codice penale per l'esercito*) [4]).

---

[1]) PESSINA, op. cit., pag. 324; HAUS, *Principes généraux*, ecc., vol. II, pag. 169; CRIVELLARI, op. cit., pag. 405; ALIMENA, op. cit., vol. III, pag. 612.

[2]) VICO, l. cit.

[3]) VICO, l. cit., seguíto dal MANZINI, op. cit., pag. 257.

[4]) Vedi anche VISMARA, *Codice penale per l'esercito*, pag. 39.

§ 8.

Fin qui abbiamo esaminato la recidiva da reato *militare* a reato *comune* dal punto di vista della legislazione. È necessario ora esaminarla dal punto di veduta scientifico, perchè nella dottrina molto si è discusso se dal calcolo della recidiva debbono essere escluse tutte le condanne proferite da Tribunali militari, o solo quelle riferentisi a *reati esclusivamente militari*.

Considerazioni d'indole diversa e gravi hanno indotto alcuni giuristi a sostenere che nel calcolo della recidiva non devesi tener conto delle condanne pronunziate dai tribunali militari.

Si è osservato infatti:

1.° che la giurisdizione militare penale è una giurisdizione *eccezionale* (a prescindere dalla considerazione fatta da alcuni sostenitori di quella dottrina, che i nostri Tribunali e le nostre leggi militari sono incostituzionali, perchè in contrasto cogli art. 24 e 71 dello Statuto): e che di conseguenza le decisioni, che da quella provengono, non possono rendere più gravi le decisioni dei magistrati, che esercitano la giurisdizione ordinaria;

2.° che nei giudizi militari non sono mantenute tutte quelle garanzie processuali, che rendono sicura la coscienza dei cittadini, che giustizia sia stata fatta;

3.° che la qualità dei giudicanti può influire, anzi influisce, sui giudizi loro, sicchè le sentenze sono determinate spesso da motivi estranei alla giustizia ordinaria, ecc. [1]).

La gravità di tali considerazioni ha fatto peso sull'animo della maggior parte dei criminalisti, sicchè è venuta fuori una dottrina, la quale corregge le esagerazioni di quella cennata, e può dirsi che sia prevalente. È la dottrina seguíta dal nostro legislatore, per la quale si escludono nel calcolo della recidiva solo le condanne pronunziate per *reati esclusivamente militari* [2]).

Essa fondasi sulla considerazione che è ingiusto ritenere come recidiva il delinquere dopo una condanna per un fatto, che solo è reato dal punto di vista degli ordinamenti e della disciplina militare.

---

[1]) Chauveau et Hélie, op. cit., pag. 153; Vismara, op. cit.; Crivellari, op. cit.; Miani, op. cit.; Manzini, op. cit.; Mossa, op. cit., ed altri.

[2]) Pessina, op. cit.; Impallomeni, op. cit.; Paoli, op. cit.; Carrara, op. cit., ed altri molti.

E niuno invero può porre in dubbio che in tali ipotesi non concorrono affatto tutte le diverse ragioni, che si sono addotte per giustificare l'aggravamento di pena a causa di recidiva; non la maggiore *temibilità* del colpevole, non l'*insufficienza* della pena precedente, ecc.

E di conseguenza la dottrina prevalente ha fondamento scientifico in quanto afferma che per taluni reati *militari* rispetto ai reati *comuni* è irrazionale ed ingiusto ammettere la recidiva.

E per le stesse considerazioni si dimostra evidentemente erronea l'altra dottrina, che potrebbe essere contrapposta alla prima, quella cioè che sostiene doversi tener conto, per gli effetti della recidiva, di qualsiasi condanna, profferita dai tribunali militari anco per reati *esclusivamente militari*.

Questa dottrina ricordata da qualche nostro scrittore, e che ignoriamo da chi sia stata sostenuta, potrebbe avere per fondamento il principio, che non è buon cittadino chi non è buon militare, e che sia da considerarsi effetto del dispregio ostinato alla legge il violare prima le disposizioni delle leggi militari e poscia quelle delle leggi civili.

Or l'erroneità di tale dottrina è evidente. Se l'aggravamento di pena per recidiva ha per fondamento l'ostinato disprezzo della legge, che non può provenire se non da animo perverso, è necessario che un nesso *psicologico* e *giuridico* rannodi i reati commessi. Or questo nesso non sussiste affatto tra i reati esclusivamente *militari* ed i reati *comuni*.

Quella dottrina, adunque, è erronea per abuso di astratta generalizzazione, e quindi non ha alcun fondamento scientifico.

Ma, quantunque si riconosca anco da noi che la dottrina prevalente, seguíta dal nostro legislatore, ha una base scientifica, pure in coerenza ai principî che abbiamo sostenuto intorno al modo di sistemare la teorica della recidiva, dobbiamo dire che anco quella dottrina formulata in un Codice in maniera da essere imposta inesorabilmente al volere del magistrato non sempre riuscirebbe opportuna e giusta nella sua applicazione.

Bisogna, anco per questa specie di recidiva, che si lasci al prudente arbitrio del magistrato la valutazione delle circostanze tutte del fatto e specialmente dei moventi delittuosi, e lo ammettere od escludere la recidiva da reati non esclusivamente militari a reati comuni.

In altri termini, il sistema da poter seguire nel trattamento della ricaduta nella delinquenza deve esser unico; e noi già lo abbiamo additato, esaminando il fenomeno della recidiva dal punto di vista puramente scientifico.

§ 9.

Ed ora passiamo all'esame della gravissi
molti anni si agita nella scienza, senza che
una unanime risoluzione, quella, cioè, se per
diva si debba tener conto delle condanne p
stranieri.

Nel passato, essendo limitati e non molto
Stati, prevalse in modo assoluto nella scienz
ritorialità; sul quale principio ritenevasi ave
mento il diritto di *autonomia* o di *sovranità*
conseguenza non poteva concedersi efficacia
stranieri agli effetti della recidiva. Il ricono
cacia sarebbe stato una diminuzione del dirit

Ma coll'estendersi ed accrescersi dei rap
principio di *territorialità* subì alcune limitaz
ebbe una determinazione più rigorosamente s

Onde incominciò ad affermarsi, che ai giu
entro certi limiti riconoscere efficacia giuridic

Non pertanto per negare valore ai giudic
dottrina, che dà per fondamento giustificativo
pena per recidiva l'insufficienza relativa della
inflitta od espiata.

E si sostenne che, se dopo una condanna
nale straniero alcuno commette altro reato ne
tiene, non si può ammettere che la pena pre
datta alla correzione di lui, perchè potrà esse
straniera e non lo sarebbe stata quella nazion

Non possono adunque rinvenirsi che due
spiegare che in alcuni Codici moderni si richi
diva, che le precedenti sentenze di condanna
ad esempio, nel Codice penale di S. Marino, r
Codice germanico, ecc.

In parecchie legislazioni però prevale il p
si parificano le condanne straniere a quelle nazi
in alcuni Codici svizzeri (Vaud, Sciaffusa, Lu
getto svizzero del 1893, ecc.

Dallo studio di legislazione comparata ri
questione se debba accordarsi valore ai giudi
effetti della recidiva, è stata risoluta negativa

parte delle legislazioni, e quel che è più notevole, di quelle dei popoli più progrediti nella civiltà.

Anco nei Codici italiani abrogati, tranne nel Codice estense, era stato sanzionato il principio che i giudicati stranieri non dànno luogo a recidiva.

Sotto il vigore delle leggi napoletane il Nicolini tentò di fare adottare dalla Corte Suprema di Napoli il principio contrario. Osservò, che ciò che la legge non distingue non è dato distinguere all'interprete, e che l'art. 56 di quelle leggi era concepito con formola generalissima, disponendo, che: « chiunque dopo essere stato una volta condannato per misfatto, ne avrà commesso un secondo, ecc. », e che quindi doveva essere applicato senza eccezione alcuna [1]). Ma quella Corte non accolse le sue conclusioni.

Nei vari Progetti italiani fu costantemente consacrata la norma della esclusione dei giudicati stranieri dal calcolo della recidiva. Notisi solo che nel primo Progetto non facevasi alcuna distinzione tra condanne pronunciate da magistrati italiani e condanne pronunciate da magistrati stranieri.

E fu appunto per questo silenzio che nel seno della Commissione del 1867 si sollevò grave la disputa intorno alla massima da dovere stabilire.

E fu allora che il Mancini ed il Carrara sostennero che si dovesse fare distinzione tra sentenze di condanna per delitti, che sono dovunque aborriti e riconosciuti come tali, e sentenze di condanna per delitti, che sono considerati tali per l'influenza di condizioni locali.

La distinzione fu combattuta dagli altri membri della Commissione, specialmente da Ellero e Conforti, sicchè prevalse il criterio dell'esclusione di qualsiasi sentenza straniera [2]). Si riconosceva tuttavia da costoro che il magistrato nazionale potesse tener conto delle sentenze di condanna straniere rispetto alla determinazione della moralità dell'agente, e quindi rispetto alla *misura* della pena da infliggere.

Più tardi anco lo stesso Mancini rinunciò alla sua prima opinione. Infatti nella Relazione del suo Progetto del 1876 scrisse: « recidiva non esiste se non a condizione della piena legalità e regolarità del giudizio e della condanna, cui fu precedentemente sottoposto il colpevole, e di tale condizione non havvi giuridica cer-

---

[1]) NICOLINI, op. cit., vol. I, conclusioni nella causa R. Villani.

[2]) Vedi vol. I, dei *Verbali* sul *Progetto del Codice penale*, ecc., Firenze, 1870.

tezza, se non quando giudizio e condanna ebbero luogo nel Regno, e per opera dei magistrati italiani » (art. 84, § 2, n. 3) [1]).

Può adunque affermarsi che dalla storia del nostro movimento legislativo risulta che costantemente è prevalso il principio di rifiutare qualsiasi efficacia ai giudicati esteri rispetto alla recidiva.

Ed a questo principio uniformossi anco il ministro Zanardelli nel formulare nell'ultimo Progetto l'art. 78 che disponeva: « Le condanne pronunciate dai Tribunali stranieri non hanno effetto per l'applicazione degli articoli precedenti ».

E nella Relazione osservava che le condanne pronunciate dai Tribunali stranieri non possono avere effetto nei riguardi della recidiva, perchè riuscirebbe difficile, e per taluni paesi forse anco impossibile, l'accertare l'esistenza di questa circostanza aggravante (donde una eventuale disparità di trattamento tra condannato e condannato), e difficile pure lo stabilire un giusto ragguaglio fra i reati e le pene dell'uno e dell'altro paese [2]).

Nel seno della Commissione della Camera dei Deputati taluno dei membri opinò potersi tener conto del giudicato straniero, se col rispettivo Stato ci fossero trattati internazionali, osservando essere conforme alla civiltà non di eseguire le sentenze straniere, ma di riconoscerne almeno il valore, e perchè infine, se la più severa pena ha da essere un freno più forte, è il caso di imporla, qualunque sia il luogo della consumazione del reato, e perchè dovunque si delinqua, il persistere nel delitto è pur sempre un'ostinazione malvagia e pericolosa.

Ma questa proposta fu respinta, perchè prevalse il concetto che, riferendosi la genesi giuridica della recidiva al solo principio del maggior dispregio della legge, ne risulta la logica conseguenza che non si abbia a tener conto della condanna pronunciata da un'Autorità straniera, recando un danno politico più grave l'insistente dispregio della legge che noi cittadini ci siamo dati, e dell'Autorità giudiziaria, nella quale abbiamo fiducia, che non della legge straniera e dei magistrati da noi nè eletti nè conosciuti.

Considerava infine quella Commissione che il reato commesso lungi dai nostri confini, per il concorso di impulsi e di circostanze difficilmente apprezzabili nel nostro ambiente sociale, non può essere

---

[1]) *Relazione*, pag. 546. Notisi, che raccolti i pareri dei Collegi giudiziari, forensi ed universitari sul Progetto del 1876, solo il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Messina sostenne l'efficacia delle sentenze di condanna straniere.

[2]) Vedi *Relazione* cit., pag. 226.

sempre valutato con esattezza di criteri e valga meglio abbandonarsi alla coscienza del magistrato, il quale ne terrà conto, se ne sarà il caso, nella determinazione della pena dentro i limiti legali, valutate congruamente le singole circostanze del fatto: nel qual modo si darà alla sentenza straniera il suo vero carattere, cioè, di documento autorevole, e non di atto giurisdizionale [1]).

In seno della Commissione senatoria non ebbe luogo discussione alcuna sull'argomento e quindi i membri di essa aderirono implicitamente al principio consacrato nel Progetto.

Nell'esame del Progetto dinanti alla Camera dei Deputati l'onorevole Spirito formulò una proposta per l'applicazione delle norme sulla recidiva alle sentenze profferite dai Tribunali degli Stati stranieri, coi quali vi fossero *trattati* particolari: ma la proposta passò inosservata.

In seno alla Commissione di revisione il Brusa propose, che si desse *facoltà* al magistrato di tener conto delle condanne pronunciate dai Tribunali stranieri, previo esame degli atti dell'istruzione. Credette inutile fare la proposta il De Maria, perchè i Tribunali del Regno possono giudicare un cittadino per reati commessi all'estero. Rispose il Brusa, per sostenere l'opportunità dell'emendamento proposto, « che la necessità della tutela speciale contro i recidivi, dei quali molti abbandonano il loro paese per sottrarsi alla polizia ed alla pena, si è fatta così manifesta ed urgente, da consigliare il provvedimento da lui proposto.

Parvero deboli tali ragioni ai membri della Commissione, e quindi fu conservata la norma stabilita nel Progetto, che, cioè, delle condanne pronunziate da Tribunali stranieri non si tiene conto nel calcolo della recidiva.

§ 10.

Il sistema seguíto dal legislatore è stato censurato dalla maggior parte dei nostri scrittori ed interpreti, i quali si augurano che si sperda il ricordo di un pregiudizio antico, e che si dia valore giuridico alle sentenze straniere in quei limiti e con quelle modalità che giustizia esige [2]). Manifesteremo fra breve la nostra opinione

[1]) Era questo il concetto prevalso in seno alla Commissione del 1867, sopra menzionato.

[2]) Vedi fra gli altri MAJNO, op. cit.; CONTI, op. cit.; FERRI, *Appunti* cit.; CAVAGNARI, id.; ALIMENA, op. cit.; MANZINI, op. cit.

sull'argomento, considerando la questione dal punto di vista scientifico.

Fa d'uopo intanto che la disposizione del n. 4 dell'art. 83 sia considerata nel sistema delle disposizioni di Diritto internazionale penale, che trovansi nel Codice, perchè qualche dubbio è sorto intorno all'assoluta applicabilità di quella disposizione.

È fuori dubbio, che le sentenze di condanna estere non sono eseguibili in Italia, e che esse per espressa disposizione di legge non hanno efficacia giuridica per gli effetti della recidiva.

Or è sembrato all'Impallomeni che vi sia un caso, in cui a quelle sentenze bisogna eccezionalmente attribuire valore giuridico riguardo alla recidiva.

Fonda la sua opinione sul disposto del *capoverso* dell'art. 7 del Codice penale, nel quale è detto: « Nondimeno, se contro il cittadino, per un delitto commesso in territorio estero, diverso da quelli indicati nel n. 1 del presente articolo, sia stata pronunziata all'estero una condanna, che secondo la legge italiana importerebbe, come pena o come effetto penale, l'*interdizione dai pubblici uffici* o altra *incapacità*, l'Autorità giudiziaria, sull'istanza del Pubblico Ministero, può dichiarare che la sentenza pronunziata all'estero produce nel Regno l'interdizione o l'incapacità suddette: salvo al condannato il diritto di chiedere che, prima di provvedere sull'istanza del Pubblico Ministero, si rinnovi il giudizio seguíto all'estero ».

Or osserva l'Impallomeni che in questo caso speciale, cioè, nel quale la sentenza straniera, a termini della disposizione cennata, produce gli effetti giuridici, di cui è menzione in quel *capoverso*, in seguito a dichiarazione dei giudici italiani, bisogna tener conto del giudicato straniero per gli effetti della recidiva.

La dichiarazione, di cui parla il legislatore, è, dice egli, una sentenza di condanna pronunziata da magistrato italiano, perchè emessa con tutta la solennità di un giudizio e con il contraddittorio del condannato [1]).

L'interpretazione data dall'Impallomeni è stata respinta da quasi tutti gli scrittori. Le ragioni addotte dal Majno, e ripetute dagli altri, per respingerla sono queste:

1.° che la disposizione del n. 4 dell'art. 83 è dettata in termini assoluti e generali; sola eccezione è fatta dall'art. 7 che parla unicamente delle incapacità conseguenti dalla condanna e non anche

---

[1]) IMPALLOMENI, *La recidiva secondo il Cod. pen. italiano* (in *Riv. pen.*, volume XXX, pag. 230).

della recidiva, e in penale non si ammettono interpretazioni estensive;

2.° che l'interpretazione data dall'Impallomeni sarebbe applicabile soltanto ai cittadini e stabilirebbe un ingiustificabile trattamento di favore a beneficio dei delinquenti stranieri [1]).

Crediamo, che per vedere, se l'interpretazione data dall'Impallomeni si debba respingere, sia necessario analizzare meglio la disposizione del *capoverso* dell'art. 7 del Codice penale.

Premettiamo, che è principio comunemente ammesso dagli scrittori e riconosciuto esplicitamente od implicitamente nella maggior parte dei Codici, che le sentenze penali straniere non possono essere esecutive nello Stato.

Or può darsi il caso, che un cittadino abbia riportato all'estero una condanna, la quale, per le leggi nazionali, produrrebbe l'interdizione dai pubblici uffici od altra determinata incapacità.

Il Ministro nella sua *Relazione* sul Progetto osservava, che il condannato, nei casi in cui la reiterazione del giudizio non fosse ammessa dalla nostra legge, non potrebbe mai sottostare a quella incapacità, neanche se la sentenza del Tribunale straniero lo avesse dichiarato incorso nelle medesime, per il principio di diritto pubblico che vieta ai nostri magistrati di dare esecuzione ai giudicati stranieri. Da qui il grave inconveniente, lamentatosi talora, di un cittadino, al quale sia lecito di esercitare in Italia quei diritti politici e civili di cui fosse indegno.

Alla contraddizione e disparità di trattamento, ed alla possibilità di effettivo pregiudizio, che ne deriverebbe a nobili interessi pubblici e privati, cercò ovviare il Ministro col disposto del *capoverso* citato, ad imitazione del Codice germanico e del Codice di Vaud.

Or, per l'applicabilità della disposizione di quel *capoverso* occorre:

1.° che il condannato sia un *cittadino;*

2.° che la condanna non si riferisca a reati *politici* o *connessi* a reati *politici;*

3.° che la condanna, secondo la nostra legge, importi, o come *pena* o come *effetto penale,* l'interdizione dai pubblici uffici o altra incapacità;

4.° che il condannato ritorni nel nostro paese dopo l'espiazione della pena o la estinzione della condanna.

---

[1]) MAJNO, op. cit., pag. 268; CRIVELLARI, op. cit., pag. 406; TUOZZI, op. cit., vol. I, capo VIII; ALIMENA, op. cit., vol. III, pag. 613; ANDREOTTI, op. cit., pag. 70; FLORIAN, op. cit., pag. 382.

Sono previste poi le due ipotesi, cioè, c
guito all'istanza del Pubblico Ministero chie
dizio seguito all'estero o che si acqueti alla
rità giudiziaria, colla quale si dà efficacia
relativamente alla interdizione od alla incap
quel *capoverso.*

Ciò premesso, è agevole comprendere, ch
nale stabilito dalla legge costituisce una *gr*
che le sentenze penali straniere non sono e
cezione creata alla scopo di ovviare all'*inco*
zione il Ministro nella sua *Relazione:* e che
cacia giuridica nella sentenza straniera è ri
la condanna importerebbe per la legge italia
penale l'*interdizione,* ecc.

Se ciò si ammette, ed a noi sembra che
sogna riconoscere la validità delle ragioni
del nostro Codice, per mostrare che la sente
stituire mai base di recidiva, e che il princ
dell'art. 83 è *generale* ed *assoluto.*

La ragione, per la quale l'Impallomeni
primo aspetto sembra grave. Ma perde ogni
sidera:

1.° che essa militerebbe solamente per
dannato abbia chiesto la *rinnovazione* del gi
contraria;

2.° che anco in quell'ipotesi, trattando
eccezionale limitata dal legislatore al *solo ca*
estera importerebbe per la legge italiana l'*in*
la disposizione del *capoverso* estendersi alla
la condizione giuridica del condannato all'es

Non si nega, che la dichiarazione del ma
mini di quel *capoverso,* implichi riconoscim
condanna inflitta dal giudice straniero, e che
capacità divenga una sentenza di condanna
italiani; si afferma solo, che essa ha valore
fine di *interdire* dai pubblici uffici o di *dich*
dannato [1]).

---

[1]) Il Manzini sostiene l'interpretazione data dall
al caso che sia rinnovato il giudizio seguito all'ester

§ 11.

Si è considerata dagli scrittori di diritto internazionale l'ipotesi dell'*annessione* di territorio di uno Stato ad un altro Stato. Sembraci che il principio sopra accolto debba essere applicato anco nel caso, in cui un individuo, condannato prima dell'annessione dall'Autorità giudiziaria dello Stato al quale era sottoposto o annesso il territorio, commette un nuovo reato dopo l'annessione ad altro Stato [1]).

Non altra interpretazione potrebbe esser data alla legge da chi ritiene che la disposizione del n. 4 dell'art. 83 sia espressa in termini generali ed assoluti così da escludere qualsiasi eccezione.

Vi sono scrittori però, che sostengono, che nel caso di *annessione* la sentenza del magistrato straniero ha efficacia, perchè per i principî comunemente ammessi in Diritto internazionale pubblico, lo Stato annettente succede nella sovranità allo Stato, che viene annesso o del quale venga annessa una parte del territorio. Si ammette, in altri termini, la continuazione della personalità dello Stato.

E notisi, che in virtù di quel principio si riconosce efficacia giuridica alle sentenze straniere anco da alcuni di coloro, che negano tale efficacia a queste sentenze fuori del caso di annessione di territorio [2]).

Ma se questa dottrina può essere validamente sostenuta dal punto di vista scientifico, non può essere applicata, se non ci inganniamo, nell'interpretazione del vigente Codice penale per le ragioni sopra esposte.

§ 12.

Esaminiamo ora la questione dell'efficacia da attribuire alle condanne pronunziate dai *Tribunali stranieri* per il calcolo della recidiva dal punto di vista *scientifico*.

Molti scrittori ancora, a dire il vero, escludono dal calcolo della recidiva le sentenze di condanna straniere, sia in omaggio al prin-

---

[1]) Accenna a tale ipotesi il CONTUZZI nel suo lavoro: *Effetti delle annessioni di territori nelle materie penali*, ecc. (in *Filangieri*, an. 1892, pag. 615); GARRAUD, op. cit., tomo II, 319).

[2]) MONTVALON, *La recidive, sa repression*, ecc., 1398, pag. 74; FERNEX DE MONTGEX, *Étude sur la recidive*, 1868, pag. 113, ed altri.

ipio della *territorialità* della legge penale o della *sovranità assoluta* egli Stati, sia per la *difficoltà,* e per taluni paesi forse anco per *impossibilità* di accertare l'esistenza della recidiva o di stabilire un giusto ragguaglio tra i reati e le pene dell'uno e dell'altro paese, ia per la *difficoltà* di constatare la piena *legalità* e *regolarità* del giudizio dato dal magistrato straniero, ecc. [1]).

Queste e somiglianti ragioni sono state combattute da molti giuristi, i quali hanno osservato, che la prima sentenza emanata da Tribunale straniero competente imprime una *qualità* alla persona, quella di *condannato,* che egli porta seco dovunque, senza che perciò possa dirsi che la legge estera sviluppa la sua forza altrove [2]); che le *difficoltà* messe innanti per concludere all'esclusione delle sentenze straniere dal calcolo della recidiva non distruggono la verità del principio opposto, ma solo consigliano che si limiti l'applicazione di questo con opportune norme [3]).

Si osserva poi dai fautori della dottrina, che le condanne pronunziate all'estero debbono tenersi in conto per la dichiarazione di recidiva, che il vecchio principio della *territorialità* della legge penale non si regge più dinanti all'universale riconoscimento della necessità dell'*unione* degli Stati per il funzionamento della giustizia penale, dinanti al fatto della sempre maggiore solidarietà internazionale per mezzo dei *trattati* di *estradizione* allo scopo di reprimere la delinquenza.

Si nota infine, che il vecchio principio della territorialità favorisce i peggiori delinquenti, i quali con molta facilità si trapiantano da un paese all'altro a compiere le loro inique gesta.

Le ragioni addotte per includere fra le condanne che debbono tenersi in calcolo per gli effetti della recidiva quelle pronunziate da Autorità straniere sono indubbiamente di grande valore scientifico, e non possono non essere accolte anche da coloro che seguono l'indirizzo positivo nella scienza del diritto penale.

L'individuo, che dopo che è stato condannato all'estero commette

---

[1]) Vedi CHAUVEAU et HÉLIE, op. cit.; HAUS, op. cit.; GARRAUD, op. cit., tomo I; BERNER, op. cit.; TOLOMEI, *Diritto e procedura penale,* n. 1301; ROBERTI, op. cit., pag. 200 del vol. III; CARRARA, op. cit., ed altri.

[2]) È l'argomentazione del NICOLINI (op. cit., vol. I, pag. 32) ritenuta efficace anche dal CARRARA, sebbene sostenitore della tesi contraria in base al principio dell'*insufficienza relativa* della pena.

[3]) MAJNO, op. cit.; ALIMENA, op. cit.; MANZINI, op. cit.; VISMARA, op. cit.: CROOS, *De la recidive,* ecc.; CONTI, op. cit.; FLORIAN, op. cit., pag. 379, ed altri.

in altro paese un nuovo reato, può essere non meno *temibile* o *pericoloso* di colui che più volte delinque nel proprio paese. E quale ragione plausibile può esservi per favorire la condizione di lui?

Potrebbe anzi essere più *pericoloso,* perchè, come bene osserva il Florian, la condanna riportata all'estero può dimostrare la inadattabilità del delinquente non solo all'ambiente della patria, ma anche agli ambienti di paesi diversi [1]).

Non per questo tuttavia si può negare importanza a talune ragioni addotte dai sostenitori della tesi contraria, a porre in dubbio la gravità del problema.

Diversi o disuguali sono le legislazioni dei popoli civili, diverse le forme processuali che garantiscono la veridicità dei giudizi e la difesa dei colpevoli. Da qui le difficoltà per stabilire il ragguaglio fra reati e pene dei diversi paesi, il dubbio sul retto apprezzamento di tutte le circostanze del fatto da parte del magistrato straniero.

Sono inconvenienti possibili, che sebbene non distruggano la forza delle argomentazioni dei sostenitori della tesi opposta, fanno peso sull'animo del giurista e lo inducono alla ricerca dei provvedimenti opportuni per eliminarli.

Ed a questa ricerca si sono dedicati non pochi scrittori proponendo rimedi diversi.

Sostiene il Pessina, che si potrebbe riconoscere nel giudicato straniero efficacia giuridica alla condizione, che la condanna non sia in contraddizione con la legge dello Stato [2]).

Sembra ad altri, che del giudicato straniero si possa tener conto solo quando ci siano *trattati internazionali* collo Stato, dall'Autorità giudiziaria del quale fu pronunziata la sentenza di condanna: oppure che, indipendentemente dall'esistenza o meno di trattati internazionali, si dia *facoltà* al magistrato nazionale di esaminare la sentenza di condanna straniera prima di porla a base della dichiarazione di recidiva [3]).

Evvi poi chi sostiene, che sia opportuno lasciare sempre al prudente arbitrio del magistrato di tener conto o meno nel calcolo della recidiva dei giudicati stranieri.

A noi sembra che sia da seguirsi questa ultima opinione, che per noi è in perfetta coerenza colle premesse fondamentali, che abbiamo stabilito intorno al trattamento giuridico dei recidivi ed ai criteri

[1]) FLORIAN, op. cit., pag. 379.

[2]) PESSINA, op. cit., pag. 307, in nota.

[3]) Vedi FIORE, *Effetti internazionali delle sentenze penali,* n. 98.

che bisogna seguire per la retta applicazione dei provvedimenti di legge.

Col sistema ora esposto si può ovviare a tutti gli inconvenienti additati dai più rigidi propugnatori del principio dell'assoluta ed incondizionata esclusione dei giudicati stranieri dal computo della recidiva.

Difatti solo il magistrato può giudicare, se la natura del reato, per il quale ebbe luogo la sentenza estera, messa in rapporto colla natura del nuovo reato, riveli una maggiore pericolosità del delinquente. È il magistrato solamente, che può constatare, se il reato commesso lungi dai confini nazionali sia stato o no, per il concorso di impulsi e di circostanze difficilmente apprezzabili nell'ambiente nazionale, giudicato con esattezza di criteri e con imparzialità [1]).

Per concludere diciamo, che non si possono, a rigore scientifico e nell'interesse anco della efficace repressione della delinquenza, escludere in modo perentorio dal calcolo della recidiva i giudicati stranieri; ma che unica via da seguire per ovviare agli inconvenienti che necessariamente deriverebbero dall'applicazione rigida ed illimitata della dottrina opposta è quella di lasciare al prudente arbitrio del magistrato l'affermare o il negare, che il nuovo reato commesso dopo una condanna all'estero sia indice di maggiore *pericolosità* del delinquente.

§ 13.

Da quanto fin qui si è esposto rilevasi, che il legislatore nell'art. 83 ha espressamente escluso dal computo della recidiva le seguenti specie di condanne:

1.° quelle per *contravvenzioni* rispetto a quelle per *delitti,* e viceversa;

2.° quelle per delitti *colposi* rispetto a quelle per delitti *dolosi* o *volontari,* e viceversa;

3.° le condanne pronunziate per reati esclusivamente *militari;*

4.° le condanne pronunziate da *Tribunali stranieri.*

Non sono però queste le sole condanne, che debbono, secondo il Codice, escludersi dal computo della recidiva. Ad esse bisogna aggiungere quelle altre, di cui precedentemente abbiamo fatto cenno, esaminando gli estremi necessari per la dichiarazione di recidiva:

[1]) Considerazioni di simil genere furono fatte nel seno della Commissione della Camera dei Deputati e della Commissione di revisione.

cioè le condanne per le quali ebbe luogo *amnistia,* ed, a nostro giudizio, anche le condanne per delitti perseguibili a querela di parte, e per le quali il legislatore dà alla *remissione* della parte offesa la efficacia giuridica di far cessare l'*esecuzione* della *condanna* e gli *effetti* di essa.

Ciò riguarda solamente la legge *positiva,* perchè nella scienza gravemente si discute, se altre condanne oltre che quelle contemplate dal legislatore dovrebbero anco essere legittimamente escluse dal calcolo della recidiva.

E di queste occorre occuparci, perchè diverse sono le opinioni degli scrittori, e le ragioni giuridiche addotte per sostenere l'esclusione anco di esse hanno una certa gravità.

Incominciamo dall'esame delle condanne per reati *politici.*

§ 14.

È opportuno premettere, che durante l'elaborazione dei vari Progetti, che precedettero il Codice vigente, si discusse intorno alla convenienza di escludere anco dal calcolo della recidiva i reati *politici.*

Nel seno della Commissione della Camera dei deputati, che esaminava il Progetto del 1867, il Mancini sostenne la esclusione della recidiva da reati *politici* e di *stampa* a reati *comuni* e viceversa, e citava l'art. 37 del Codice penale di Ginevra. La proposta fu accolta nell'art. 87, § 2, n. 2 di quel Progetto.

Nel Progetto però dello stesso Mancini del 1876 non fu riprodotta la disposizione cennata; ma la Commissione ministeriale, senza discussione alcuna, propose fra gli altri emendamenti dell'art. 87 del Progetto del Senato, di aggiungere al § 2 la seguente disposizione: « *non sono valutate per costituire la recidiva le condanne per reati politici rispetto alle condanne per reati comuni, e viceversa* ».

Tale emendamento fu respinto dal Mancini; ma la Camera dei deputati lo ripropose con questa formola: « *la recidiva non ha luogo fra i reati politici e i reati comuni* » (art. 77, § 2).

L'esclusione delle condanne per i reati *politici* fu riconosciuta nel Progetto Zanardelli-Savelli del 1883 ed in quelli di Tajani e di Pessina.

Nell'ultimo schema non trovavasi alcuna disposizione sul proposito. Ma, poichè in esso non era ammessa la recidiva *generica,* ma solo la recidiva *specifica,* implicitamente, sembraci, fosse esclusa la

:idiva da delitti *politici* a delitti *comuni* e viceversa, essendo de-
:i d'indole diversa.

La Sotto-Commissione propose l'esclusione dei reati *politici* dalla
:idiva ed al numero 2.° dell'art. 78 del Progetto introduceva la
sposizione, che agli effetti della recidiva non si tien conto « delle
ndanne per delitti politici rispetto a quelle per delitti comuni e
:eversa ».

Si oppose nel seno della Commissione di revisione il Vigliani, il
iale per mezzo di *lettera* osservava, che dell'esclusione di quei reati
un governo libero non solo non intendeva la ragione, ma ne sen-
va tutta l'irragionevolezza. Per un popolo libero, scriveva egli, che
spetti le proprie istituzioni politiche non vi sono delitti più abomi-
:voli di quelli che si commettono contro la Patria: « I nostri an-
chi padri chiamavano *parricidi* i rei di cotesti misfatti. Un omici-
io, un ferimento, un'ingiuria, se ebbero carattere di delitto politico
er il loro oggetto o per il corpo o la persona offesa, perchè non
durranno recidiva rispetto ad altro omicidio, ferimento od ingiuria
omune? La loro maggior gravità dovrebbe, a mio parere, condurre
conclusione contraria ». Concludeva col dire, che conviene spo-
:liarci dei giudizi rispettabili al tempo di governi assoluti ed invisi,
na che ora hanno perduto ogni loro ragione » [1]).

La Commississione conservò la proposta della Sotto-Commissione,
:he non fu accolta però dal Ministro, il quale nella sua Relazione
inale diceva: « non credetti di escludere anche le condanne per
delitti politici rispetto a quelle per delitti comuni e viceversa: que-
sta eccezione, già in parte contraddetta dai gruppi formati nell'arti-
colo 82 per la recidiva specifica, sarebbe pure in contraddizione con
la gravità di tali delitti, quale deve essere considerata in sè stessa
ed è considerata anche dal Codice, che applica loro in alcuni casi,
le sue più severe sanzioni » [2]).

Il sistema seguíto dal legislatore è stato oggetto di critica.

Il Majno ha notato, che anco nel tema della recidiva, la materia
politica è stata trattata dal legislatore in modo coerente a quello
spirito di reazione e di regresso, che caratterizza in generale le dis-
posizioni del Codice [3]).

Ma non parliamo del Codice ed esaminiamo, se tra la delinquenza
politica e la delinquenza *comune* vi siano quei rapporti intimi, che

---

[1]) Vedi *Verbali* cit., n. XVI.
[2]) *Relazione* finale cit., YLIX.
[3]) Majno, op. cit.,

si constatano tra le diverse specie di reati comuni, e che pongono in essere quel nesso *psicologico*, che è fondamento dell'aggravio di pena nel caso della recidiva.

Si è osservato da molti scrittori, che nessun rapporto intercede tra i reati *politici* ed i reati *comuni*, perchè i primi sono *relativamente* criminosi, mentre i secondi lo sono in modo *assoluto;* perchè i reati politici sono determinati da fini eminentemente *altruistici*, e i reati comuni invece da fini *pravi* ed *egoistici*, perchè infine i primi sono sensibilissimi alle fluttuazioni dell'opinione ed alle correnti di di governo, ed i secondi conservano quasi sempre la stessa gravità nella coscienza pubblica [1]).

C'è del vero in queste considerazioni, ma perchè riluca in modo chiaro, bisogna che si determini con esattezza la nozione di reato *politico* e si stabiliscano i criteri scientifici, secondo i quali i reati *politici* debbano esser giudicati: imperocchè, come bene si è osservato da alcuni scrittori, nell'espressione — *reati politici* — si contiene un doppio concetto, l'uno che riguarda i delitti di *Stato*, l'altro i delitti *politici* nel senso proprio della parola. Ed anco nel nostro sistema legislativo la distinzione tra l'una e l'altra categoria di delitti non è posta chiaramente.

Or bene ha osservato il Carelli, che la delinquenza *politica* assume due forme principali, cioè, quella che in sè comprende i reati *contro la patria*, l'altra i reati *contro l'ordinamento politico ed i poteri dello Stato;* che i primi hanno un carattere così universale ed assoluto da meritare una severa repressione presso qualunque popolo, i secondi un carattere temporaneo, accidentale, dipendente unicamente dalle condizioni del paese, dalle sue convinzioni politiche, dal suo stato intellettuale ed economico [2]).

Evvi, adunque, tra delitti *contro la patria* e delitti *politici* propriamente detti una profonda differenza sia rispetto all'*obbiettività giuridica* sia rispetto alla *soggettività psicologica*.

E differenza molto più rilevante, a nostro parere, intercede tra i delitti *politici* propriamente detti ed i delitti *comuni*, perchè quelli sono quasi sempre determinati da sentimenti *generosi* e commessi per fini *altruistici*, e gli ultimi invece sono per lo più determinati da fini non solo *egoistici*, ma anco *pravi*, e consumati sempre per fine egoistico.

Può affermarsi con certezza, che nel maggior numero di casi

---

[1]) CONTI, op. cit.; ALIMENA, op. cit., ed altri.

[2]) CARELLI, *I reati politici* (in *Appunti* cit., pag. 143).

ssun rapporto evvi tra l'una e l'altra specie di reati, nè dal punto vista *giuridico*, nè da quello *psicologico* o *morale*.

Non puossi tuttavia porre in dubbio, che ai delitti *politici* si accompagnano talora delitti *comuni*, determinati dal sentimento di odio artigiano o dal fine di *eseguire* o di *occultare* i delitti politici oppure ommessi *in occasione* di questi; a prescindere anco dal caso, in cui reato *politico* è pretesto per commettere un reato comune [1]).

Ammesse come vere le esposte considerazioni, è agevole dedurne conseguenze giuridiche, che sono queste:

1.° che non si può ammettere recidiva da delitto *politico* propriamento detto a delitto *comune* e viceversa;

2.° che, quando il delitto *politico* è accompagnato da delitto *comune*, deve lasciarsi al prudente arbitrio del magistrato l'esame della sussistenza o meno di quel nesso *psicologico*, per il quale, a giudizio oramai del maggior numero dei criminalisti, la recidiva nella delinquenza costituisce una circostanza aggravante.

Crediamo perciò, che il nostro legislatore, ammettendo la recidiva da delitto politico a delitto comune e viceversa, abbia sanzionata una massima, che a rigore scientifico non può essere interamente accolta.

Le ragioni addotte dal Ministro nella sua *relazione* sul *testo definitivo* non si reggono, perchè si fondano sopra un concetto inesatto del delitto veramente *politico*.

Nè sono da tenersi in conto le considerazioni fatte dal Vigliani membro della Commissione di revisione, che in uno Stato retto a libere istituzioni non si comprenda l'esclusione della recidiva per i delitti *politici*, e che le istituzioni nostre debbono essere difese con ogni più efficace mezzo di tutela.

A prescindere dal fatto, che la *libertà non ha limiti* nelle sue concrete e specifiche determinazioni nella vita sociale e che una legge di *evoluzione* regola anco le *forme politiche* di governo e l'*ordinamento* dei *poteri* dello Stato e che quindi quelle considerazioni sono infondate, è evidente che in esse si occulta il pensiero di reagire ferocemente contro coloro che aspirano al perfezionamento delle forme politiche ed al miglioramento delle condizioni sociali.

---

[1]) Vedi su questo argomento GAROFALO e CARELLI, *Dei recidivi e della recidiva* pag. 930 (nel *Trattato teorico-pratico* di COGLIOLO).

§ 14.

In dottrina si sostiene da alcuni, che si debbano escludere nel calcolo della recidiva le condanne per reati d'*impeto*.

A questa conseguenza essi sono giunti, pur muovendo da premesse diverse.

Se l'aggravamento di pena nel caso di recidiva, si è detto da qualche scrittore, è giustificato dal principio dell'insufficienza relativa della precedente pena, non ha più ragion d'essere quando l'individuo commette il reato nello stato di *impeto,* perchè la condizione speciale d'animo non gli permette di ricordare la pena precedentemente sofferta [1]).

Questa opinione non può essere accolta non solo, perchè viene dedotta da un principio, che nella scienza è stato quasi abbandonato, ma anco perchè pone come fatto incontestabile, il che non è vero, che il delinquente per *impeto* non può rammentare nel momento della consumazione del reato la pena o la condanna precedentemente subíta.

Altri scrittori pertanto muovono da altre considerazioni, alle quali si è attribuita una certa gravità.

Si è affermato, che il *dolo* nei reati presenta *gradi* diversi, dei quali non si deve prescindere nel calcolo della recidiva, se vuolsi rispettare il principio della *proporzionalità* tra pena e reato. La recidiva, si osserva, consiste in un aumento della *quantità* del secondo reato, e questo aumento certamente deve raggiungere il solo massimo, quando tanto il primo che il secondo reato siano stati commessi con pienezza di *dolo* [2]).

Come vedesi, i seguaci di questa dottrina non escluderebbero dal calcolo della recidiva le condanne profferite per reati commessi nell'*impeto;* ma sosterrebbero la necessità di un aggravamento minimo in considerazione del grado minore di *dolo,* che informò il primo reato.

E, se, secondo questi scrittori deve tenersi nell'ipotesi cennata, calcolo nella recidiva della diminuzione di *dolo,* a maggior ragione ciò dovrebbe farsi nell'ipotesi, che il primo ed il secondo reato siano stati commessi nell'impeto d'*ira* o in generale nell'impeto degli *affetti.*

---

[1]) È l'opinione propugnata dal GIULIANI (op. cit., pag. 408), che, se non erriamo, non ha avuto seguaci.

[2]) MOSSA, op. cit., pag. 141; MIANI, op. cit., pag. 68.

Contro tale dottrina tuttavia si è osserva
anco delle condanne per reato di impeto nel
non si abbandona il principio della *proporzio*
stanza dell'*impeto* degli affetti agisce *indirett*
col modificarla e in qualche caso col toglierla

È facile vedere, che la questione, così rag
sta nei suoi veri termini, perchè è evidente,
entrambi sono stati commessi nell'impeto deg
la recidiva, la pena sarà sempre di gran lun
che sarebbe inflitta se il reato o i reati fosse
dolo di grado superiore.

Trattasi invece di stabilire, se, dato un n
uno dei reati commessi od in entrambi, si deb
dere la maggior perversità d'animo del colpev
della legge e della giustizia.

Posta la questione in tali termini si scorg
essere risoluta in modo *categorico,* perchè no
ammettere od escludere in quelle ipotesi la n
animo del colpevole.

Tutto dipende da un esame diligente e se
stanze, in cui si svolsero i delitti, e della *in*

Non si comprende poi, come l'opinione co
stenuta da chi ritiene, che la recidiva è una
e non del reato; che il dolo del reato cresce
dentemente dal dolo della recidiva, il quale
dell'omogeneità o disparità dei moventi e del

E di vero, se la recidiva è *qualità* del del
in quanto rivela una maggiore *perversità* d'a
Onde se i fatti smentiscono appunto tale circ
litto o i delitti siano commessi nell'impeto,
escluda la *recidiva* intesa nel suo vero signifi
l'aggravamento di pena.

La divergenza delle dottrine sulla questio
bisogna pur ripeterlo, dell'idealismo o trascen
domina le menti di alcuni criminalisti. L'inda
dimostrare, che evvi una parte di vero in no
comunemente si insegnano, quella parte appu
nei dati della realtà.

---

[1]) CONTI, op. cit., seguito dal MANZINI.

E quell'indagine ci conduce a ritenere, che il principio scientifico, che giustifica un trattamento giuridico speciale per i recidivi è quello della *temibilità:* temibilità, che si induce dall'ostinato disprezzo della legge, e che deve risultare provato coll'esame scrupoloso delle circostanze, nelle quali i delitti si commisero, e della natura del delinquente.

Diciamo perciò col Garofalo, che in presenza della insuperabile difficoltà di stabilire razionalmente norme generali in questa materia sarebbe da abbandonarsi qualsiasi distinzione della recidiva e da darsi al giudice la facoltà di dichiarare nei singoli casi l'esistenza della recidiva, quando il fatto di una condanna precedente confrontato al nuovo delitto gli sembri non privo di significato.

E formulava una norma, che potrebbe essere accolta, e che è la seguente: « chiunque, dopo una sentenza di condanna, commetta un nuovo delitto, sarà dal giudice dichiarato recidivo quando fra i due reati esista qualche attinenza che dinoti una maggiore perversità »[1].

§ 15.

In dottrina agitasi anco la questione, se le sentenze di condanna colle quali si sono ammesse circostanze *diminuenti* l'imputabilità a favore del colpevole, si debbano o no tenere in conto per gli effetti della recidiva.

Precedentemente, trattando delle circostanze *diminuenti* l'imputabilità, abbiamo sostenuto, seguendo la dottrina della maggior parte degli scrittori, che i provvedimenti emessi dal magistrato relativamente ai prosciolti per *infermità mentale* o per *mancanza di discernimento* non possono tenersi in conto, perchè non sono *sentenze di condanna,* estremo richiesto dalla legge per la dichiarazione di recidiva.

Osservavamo tuttavia, che, quando una di quelle circostanze *escludenti* l'imputabilità accompagna il primo od il secondo reato, se è ragionevole, che della *sentenza di condanna* che le ammette non si tenga conto per aggravare la pena, pure sarebbero necessari provvedimenti speciali contro i colpevoli.

Ma sulla questione ora accennata, concernente le *sentenze di condanna,* che ammettono circostanze diminuenti l'imputabilità, si possono nel campo scientifico agitare quelle dispute, di cui abbiamo

[1]) GAROFALO, *Appunti,* ecc. già citati, pag. 135.

fatto parola precedentemente a proposito dei
peto degli *affetti,* che è circostanza *diminuent*
Occorre però, che queste circostanze siano
rate, perchè hanno un valore giuridico divers
bono essere i provvedimenti giuridici da adot
Incominciamo dall'*età minore,* considerata
l'*imputabilità* e quindi la *pena.*

Si potrebbe affermare, che il grado del *do*
dal minore di età, non è lo stesso del dolo n
maggiorenne; che la ricaduta del minorenne
può considerarsi come indizio sicuro di incl
perchè essa è per lo più determinata da c
specialmente dal pessimo regime penitenziari
l'aggravamento di pena per recidiva non sare
società, nè per il delinquente.

Ma si potrebbe opporre a queste conside
stanza della *minore età* agisce *indirettamente* s
gior numero dei casi, in ispecie quando essa
primo o il secondo reato, perchè o accelera il t
della recidiva o importa aumento od inasprime

Non ci convincono però le considerazioni
tiamo, norme assolute non possono stabilirsi i
ma bisogna che il legislatore si affidi al prud
gistrato.

Evvi tuttavia un caso, in cui il legislatore
provvedimenti speciali per i *minorenni* delinqu
circostanza della *minore età* accompagna tutti
è questione allora di aggravamento o meno di
tamento giuridico adatto alla *correzione* dei de
occorrendo, di *segregazione* a tempo indetermi
l'altra non è questo il luogo opportuno di tra

Ricordiamo solo, che per l'art. 53 del nost
cede contro colui, che nel momento in cui ha
aveva compiuto i nove anni; che però ove il
dalla legge come un delitto che importi l'ergast
il presidente del Tribunale civile può applica
ciali, ed anche ordinare che il minore sia rin
di *educazione* e di *correzione.*

Trattasi però in tal caso, come si è già d
non di una *sentenza di condanna,* e non è ten
effetti della recidiva.

Lo stesso dicasi, a termini dell'art. 54, per il caso in cui il primo delitto sia stato commesso da chi aveva compiuto i nove anni, e non ancora i quattordici, e risulti che abbia agito *senza discernimento*, perchè il legislatore dà facoltà al giudice di applicare i provvedimenti, di cui è disposto nell'art. 53.

Esclusi tali casi, le sentenze di condanna per reati commessi da *minori* degli anni ventuno si debbono tener in conto per la dichiarazione di recidiva.

§ 16.

Oggetto di discussione scientifica può essere il quesito, se le sentenze di condanna, che hanno ammesso a favore del colpevole, che ricade nel delitto, la circostanza diminuente della *ubbriachezza non piena* si debbano escludere nel calcolo della recidiva.

Anco per questa circostanza si potrebbero addurre le ragioni varie or indicate, per risolvere o affermativamente o negativamente il quesito. Ma alla nostra volta ripetiamo, che trattasi di questioni che non può, non deve risolvere il legislatore, ma che può risolvere solo il magistrato.

Ad ogni modo per il Codice, che ci governa, le sentenze di condanna, nelle quali è stato riconosciuto lo stato di *semi-ubbriachezza* del colpevole nel momento in cui commise il fatto delittuoso, si debbono tenere in considerazione per gli effetti della recidiva.

Un dubbio occorre tuttavia eliminare, cui può dar luogo la disposizione del *penultimo capoverso* dell'art. 48, che è così formulato: « Se l'ubbriachezza sia abituale la pena restrittiva della libertà personale può essere fatta scontare in uno stabilimento speciale ».

Può sembrare, che in questa disposizione si contempli uno di quei *provvedimenti* speciali, che, come si è detto, non debbono tenersi in conto per la recidiva. Ma non è così, perchè il legislatore parla di *pena* da scontare, e la pena presuppone una sentenza di *condanna* vera e propria. Egli ha voluto solamente regolare il modo di espiazione di pena per i delinquenti, che sono dediti alla ubbriachezza.

§ 17.

Esaminiamo ora l'ipotesi, che la sentenza di condanna dichiari che il delinquente nel momento in cui commetteva il fatto trovavasi in quel così detto stato di *semi-infermità di mente*, che scema grandemente l'imputabilità senza escluderla.

Tale ipotesi non può equipararsi certamente dal punto di vista
ientifico a quella della *semi-ubbriachezza* ora esaminata, perchè la
mi-infermità di mente non è uno stato patologico di brevissima
urata, o uno stato *anormale* della mente *transitorio,* cui segue tosto
stato normale. La così detta *semi-infermità* di mente (e diciamo
osidetta, perchè, sebbene si comprenda, che le malattie abbiano gra-
ità diversa, non si comprende una graduatoria di responsabilità cor-
elativa ad una diversa *gravità* di malattia, che neppure il medico
iesce a constatare con precisione), la *semi-infermità di mente,* ripe-
iamo, è malattia cerebrale, che, quando è causa determinante a de-
inquere, è indice di *perversità d'indole* del delinquente, poichè vi
ono *infermi* di mente, che non delinquono. Di conseguenza, anco
er i delinquenti affetti da malattia mentale non molto grave non
i è altro mezzo di tutela giuridica, che la reclusione in un mani-
omio criminale, luogo di pena e di cura.

Ciò posto, la ricaduta nel delitto di colui, che precedentemente
era stato riconosciuto colpevole per avere commesso il delitto nello
stato di lieve infermità mentale, non può scientificamente equipararsi
alla ricaduta di chi è sano di mente.

Unico mezzo di tutela sarebbe la reclusione nel manicomio criminale a tempo indeterminato, e solo nel caso in cui il secondo delitto potesse apparire commesso in uno stato di sanità di mente, secondo i casi, potrebbe il colpevole essere più gravemente punito.

Nel sistema del nostro Codice, come risulta dalla disposizione dell'art. 47, la *semi-infermità* di mente è causa *diminuente* l'imputabilità, e quindi la *pena*, ma nessuna influenza esercita sulla dichiarazione di recidività, onde le sentenze di condanna che ammettono quella circostanza si debbono tenere in considerazione per gli effetti dell'art. 80.

Dubbio può sollevarsi nel caso in cui il magistrato si vale della facoltà concessagli dalla disposizione del capoverso dell'art. 47. Egli invero può ordinare, che la pena restrittiva della libertà personale, alla quale il delinquente *semi-infermo* di mente è condannato, sia scontata in una *casa di custodia,* sino a che l'Autorità competente non revochi il provvedimento, poichè, revocato questo, il rimanente della pena si sconta nei modi ordinari.

Come rilevasi, la segregazione del colpevole in una casa di *custodia* è considerato come un *provvedimento,* che può essere ordinato dal giudice, e che può essere revocato.

Or tale provvedimento può equipararsi a quegli altri ammessi dalla legge per i prosciolti per *infermità di mente,* per i *minori* che

agirono *senza discernimento*, ecc. ecc.? Ecco il dubbio, cui accenniamo.

Se consideriamo la letterale disposizione della legge dobbiamo ritenere che il *provvedimento*, di cui parlasi in quel *capoverso*, riferiscesi al *modo* di *espiazione* della *pena*. Difatti richiede il legislatore che al colpevole sia inflitta una *pena restrittiva* della libertà personale, il che presuppone necessariamente una *sentenza di condanna* vera e propria.

Si consideri poi, che la *casa di custodia* è modo di espiazione delle pene restrittive della libertà personale, è un trattamento penale speciale per alcuni condannati, come è nei casi in cui l'*arresto* può essere scontato in una *casa di lavoro* o nella propria *abitazione* ecc. ecc.

§ 18.

Queste sono le più importanti circostanze *diminuenti* l'imputabilità, che abbiamo creduto necessario esaminare particolarmente, per indagare quale efficacia bisogna attribuire per gli effetti della recidiva alle sentenze di condanna, nelle quali di esse ha tenuto conto il magistrato.

Nè occorre occuparci delle altre, come, ad esempio, dell'*eccesso* della *difesa* o dell'*eccesso* nello *stato di necessità*, ecc., perchè intorno ad esse nessun dubbio può sollevarsi nell'applicazione dell'art. 80 del Codice, e perchè dal punto di vista scientifico sono applicabili ad esse quelle considerazioni generali da noi precedentemente fatte e che conducono a questo risultato, che, cioè, il magistrato solo può valutare l'importanza giuridica di una precedente sentenza di condanna per ammettere od escludere la circostanza aggravante della recidiva.

Il ritorno al delitto non ha sempre il significato di disprezzo ostinato della legge, non è sempre indice di maggiore perversità del delinquente.

Nè si dica coll'Impallomeni, che il criterio della perversità è troppo soggettivo per poter essere una norma per il giudice; che questi lo concepirebbe diversamente, secondo la sua maniera di sentire ed i principî, ai quali fosse educato [1]); poichè è agevole rispondere, che a qualunque scuola il giudice appartenga, qualunque sia

[1]) IMPALLOMENI, op. cit,, pag. 296.

modo suo di sentire, può ben constatare se la ricaduta nel delitto
o no effetto di *persistente inclinazione* a delinquere, val quanto
e, di *perversità d'animo,* che bisogna reprimere con un aggravanto della pena ordinaria.

Comprendiamo bene che il legislatore ha bisogno di criteri *obttivi,* e non di criteri *soggettivi;* ma riteniamo che a questi non
ssa intieramente dare l'ostracismo, se non a rischio di colpire in
n pochi casi ingiustamente con maggior pena colui che ricade nel
litto.

Il legislatore non può presumere che il recidivo sia sempre un
dividuo maggiormente pericoloso per la società, poichè vi sono casi
cui il fatto, e lo abbiamo già dimostrato, è in opposizione con la
resunzione legislativa.

Nè l'essersi lasciato molto spazio tra un *minimo* ed un *massimo*
i pena o l'essersi concesso al magistrato di diminuire per effetto
elle *circostanze attenuanti generiche* la pena, sono rimedi opportuni
d eliminare le conseguenze derivanti dalla presunzione della legge,
che fra breve esamineremo [1]).

§ 19.

Si discute anco in dottrina se le sentenze di condanna profferite sotto una *legislazione abrogata* possano formare base di dichiarazione di recidiva.

Divergenti sono le opinioni degli scrittori, perchè diversi sono i principî che pongono a fondamento dei loro ragionari.

Per risolvere la questione più agevolmente, poichè essa è molto complessa, fa d'uopo distinguere le diverse ipotesi, che possono presentarsi quando una nuova legge modifica la legge precedente.

Le ipotesi sono queste:

1.° che la nuova legge cancelli il fatto, per il quale ebbe luogo sentenza di condanna, dalla classe delle azioni punibili;

2.° che essa conservi in questa classe il fatto, per il quale fu profferita condanna, ma *modifichi* sola la pena o nella *qualità* o nella *quantità;*

3.° che la nuova legge modifichi il *termine,* oltre il quale la recidiva non possa ammettersi;

[1]) Sotto l'impero del vigente Codice penale il magistrato che vuole rendere meno grave la pena al recidivo, nei casi in cui la ricaduta non è effetto di maggiore perversità, non trova altri espedienti, che questi ora indicati.

4.° che la nuova legge lasci all'arbitrio del magistrato l'aggravamento della pena.

Della prima ipotesi ci siamo occupati, coordinando la disposizione dell'art. 80 del Codice penale colla disposizione dell'articolo secondo, ed abbiamo sostenuto colla maggioranza degli scrittori che, quando il fatto, per il quale ebbe luogo condanna, non è considerato più come reato da una nuova legge, non può tenersi conto di quella condanna per dichiarare lo stato di recidività [1]).

Dobbiamo però notare che per quanto evidente sia il principio esposto, e che è conseguenza della dottrina comunemente accettata intorno alla *retroattività* della legge penale, pure alcuni scrittori lo hanno combattuto.

Hanno essi affermato, con quanta rettitudine di ragionamento non sappiamo, che la sentenza di condanna per reato consumato sotto l'impero della legge abrogata, ha impresso al colpevole la qualità di condannato, che non si cancella per il fatto che la nuova legge abbia eliminata quell'azione dal novero dei reati, poichè rimane sempre la circostanza che l'individuo nel passato violò la legge e che la precedente condanna non esercitò su di lui una benefica efficacia [2]).

È agevole mostrare l'erroneità di tale opinione, da pochi sostenuta.

Quando una nuova legge cancella un fatto dal novero dei reati, il legislatore riconosce che un errore precedentemente è stato commesso oppure che, mutate le condizioni sociali contro quel fatto antigiuridico od illecito, non è necessaria più la sanzione penale. E tanto nell'uno quanto nell'altro caso evidentemente l'autore del fatto non può considerarsi più come un individuo *temibile* o, se l'espressione non piace, come un *delinquente.*

E se delinquente non è più per l'azione commessa antecedentemente al nuovo reato, come lo si potrà ritenere recidivo?

E d'altra parte si può osservare che, se alla nuova legge, che cancella un'azione dalla classe dei reati, si dà effetto *retroattivo*, è una patente contraddizione il non darle questo effetto rispetto alla *recidiva,* che in realtà non consiste in altro, che in un rapporto che si stabilisce fra il primo ed il secondo reato, per considerare quello

---

[1]) Vedi HAUS, op. cit., vol. II, n. 844; CHAUVEAU et HÉLIE, op. cit., n. 213; CARRARA, *Opuscoli,* vol. II; PESSINA, op. cit.; ALIMENA, op. cit., pag. 587; MANZINI, op. cit., ed altri.

[2]) BERTAULD, op. cit., pag. 405; ROBERTI, op. cit., vol. III, pag. 196; MOSSA, op. cit., pag. 151.

me una circostanza aggravante di questo. E la contraddizione starebbe appunto in questo: nell'affermare e nel negare nel tempo stesso che l'azione commessa sotto la legge abrogata è un *reato* [1]).

Consideriamo ora l'altra ipotesi, che, cioè, la nuova legge modifichi solamente la penalità della legge antica.

Neppure relativamente a questa ipotesi è concorde la dottrina, perchè diverse sono le premesse da cui muovono gli scrittori nello esaminarla.

E di vero coloro, che sostengono che la ragione di aggravamento di pena per la recidiva sia da ricercarsi nella *insufficienza relativa* della pena precedente, affermano che, se la nuova legge ha sostituito una pena più mite o più severa o di genere diverso a quella sancita dalla legge abrogata, vuol dire che si è riconosciuta l'ingiustizia di questa, sia per difetto sia per eccesso; che per conseguenza tale pena non ha potuto esercitare sull'animo del colpevole alcuna influenza benefica.

Altri, che ripongono il fondamento della più grave punizione della recidiva sul maggior disprezzo della legge dimostrato dal delinquente, concludono che la precedente condanna, qualunque sia la gravità o l'indole della pena con quella inflitta, è per sè sola sufficiente per la dichiarazione di recidiva.

Fra queste due dottrine estreme sta l'altra, la quale sostiene che il principio della retroattività della legge penale più mite sui fatti anteriori deve esercitare tutta la sua efficacia anco sulla recidiva.

Scrive il Pessina che se la nuova legge modifica la penalità della recidiva retroagisce sui fatti anteriori, solo allorchè è più favorevole al delinquente, e d'altro canto se la legge nuova modifica l'intensità criminosa del fatto, cui si riferisce la condanna precedente anco nel senso di scemarne la responsabilità, la recidiva può assumere una forma più mite se la nuova legge mitiga soltanto la responsabilità penale del fatto cui la condanna precedente si riferisce [2]).

Questa dottrina è pienamente conforme ai principî scientifici che

---

[1]) Dato il caso, che la legge abrogata non prevedesse la recidiva, che invece viene preveduta dalla nuova legge, non è dubbio alcuno che si debba ammettere la recidiva, perchè si applica quest'ultima, la quale, come bene osserva il NICOLINI, a tutti i condannati prima che essa fosse pubblicata, come a tutti i condannati, i quali lo sarebbero stati dopo, porse, con la pena più grave, un motivo più sensibile per correggersi (Vedi le sue *Questioni di diritto,* vol. II, pag. 551.

[2]) PESSINA, op. cit., pag. 309.

sono prevalsi nella scienza, ed ai quali si presume, che il legislatore si sia ispirato. Di conseguenza all'ipotesi, che esaminiamo, bisogna applicare la disposizione dell'ultimo *capoverso* dell'art. 2 del Codice penale, che, cioè, se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori siano diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato.

Tuttavia, considerando la questione dal punto di vista scientifico, crediamo che debba farsi una distinzione, che comunemente è trascurata.

Se la pena sancita dalla legge abrogata era più mite di quella stabilita dalla legge nuova, non si può essere certi della maggiore temibilità del delinquente che ricade nel delitto sotto il vigore di quest'ultima, e quindi sarebbe il caso di applicare la legge antica. Ma, se ha luogo il contrario, è da supporsi che il delinquente, che ricade nel delitto dopo essere stato condannato ad una pena più grave di quella sancita dalla nuova legge, sia *temibile,* perchè dimostra disprezzo maggiore della legge.

Questa distinzione, la quale conduce a stabilire due criteri diversi per il trattamento giuridico del recidivo nell'ipotesi, che esaminiamo, deve essere coordinata a quella norma che noi riteniamo fondamentale, che, cioè, si lasci libero il magistrato nel giudicare del grado di temibilità del delinquente.

Esaminiamo ora l'ipotesi, che la nuova legge modifichi il *termine,* entro il quale lo stato di recidività possa dichiararsi.

È stato ritenuto che, se la nuova legge penale sopravviene prima del decorso del termine stabilito dalla legge abrogata, ed il condannato commette un altro reato sotto il vigore di quella, la precedente condanna deve servire di base per la dichiarazione di recidiva, sebbene la nuova legge stabilisca un termine diverso.

La ragione che si adduce in appoggio di tale dottrina è che la recidiva è regolata dalla legge vigente al tempo in cui fu commesso il nuovo reato, e non dalla legge imperante al tempo in cui fu pronunziata la prima condanna [1]).

Se poi al sopravvenire della nuova legge, che stabilisce un termine diverso per la dichiarazione di recidiva, era già trascorso il termine stabilito dalla legge precedente per tale dichiarazione, la sentenza di condanna profferita per il primo reato è priva di effetti giuridici, e non può tenersi quindi in considerazione per aggravare

---

[1]) Vedi Cassazione, sentenza 13 aprile 1891 (in *Cassazione Unica,* vol. II, pag. 206).

pena per il nuovo reato, commesso sotto il dominio della nuova gge.

La dottrina contraria sarebbe in opposizione ai principî, che reolano la efficacia della legge penale nel tempo.

Suppongasi infine il caso, che la legge nuova riconosca la temoraneità dello stato di recidiva in opposizione alla legge precedente, er la quale lo stato di recidività era perpetuo.

Secondo la dottrina comunemente insegnata, si dovrebbe appliare la legge nuova, che è più favorevole al delinquente, ed esclulere la recidiva, se dalla prima sentenza di condanna era già tras:orso il tempo, entro il quale, secondo la nuova legge, è permessa a dichiarazione di recidiva.

A rigore scientifico però, crediamo che anco per queste altre ipotesi esaminate l'applicazione dei criteri esposti debba essere rimessa al giudizio del magistrato.

§ 20.

Un'altra questione che merita esame è quella dell'efficacia giuridica che si deve attribuire alla *prescrizione* della condanna per la dichiarazione dello stato di recidività.

Ed anco diverse sono le opinioni degli scrittori su tale argomento.

Chi ammette la recidiva *vera,* cioè che evvi recidiva solo quando il colpevole torni a delinquere dopo l'espiazione della pena a lui inflitta per un precedente reato (come appunto era stabilito nel Codice toscano), deve sostenere che la condanna prescritta non può servire di fondamento per la dichiarazione di recidiva [1]).

A questa dottrina si oppone quella degli scrittori che su altra base elevano la teorica della recidiva.

E difatti chi ritiene che basti la condanna precedente per la dichiarazione di recidiva, perchè la ragione di aggravare la pena consiste nel maggior disprezzo della legge, che dimostra colui che dopo essere condannato ricade nella delinquenza, sostiene che questo

[1]) Anche da coloro, che non seguono questa dottrina si osserva, per escludere le condanne prescritte dal calcolo della recidiva, che la *prescrizione,* norma d'ordine pubblico, è riferibile a qualsiasi reato ed a qualsiasi effetto che ai fini penali è da esso prodotto; che l'opera del tempo, come porta l'oblìo sul reato e fa cessare l'allarme sociale, così deve produrre anco lo stesso effetto nei riguardi dell'aggravamento della pena per recidiva, ecc.

disprezzo maggiore della legge non viene eliminato dal fatto che la condanna si è estinta per *prescrizione.*

E questa dottrina era sostenuta anco dai criminalisti pratici, i quali affermavano che *poena augetur etiam propter antiqua delicta praescripta* [1]).

E si è detto, per dimostrare la razionalità della dottrina cennata, che la nota della recidività non si cancella per nessuna causa, tranne per l'*amnistia,* fatto più d'indole *politica,* che *giuridica,* e che la prescrizione è un beneficio, che non può distruggere ciò che è avvenuto, ecc. [2]).

A nostro parere, la questione considerata dal punto di vista scientifico non può essere risoluta se non con quegli stessi criteri adottati per la risoluzione delle altre già esaminate. Vogliamo dire che al magistrato spetta valutare tutte le circostanze di fatto, per le quali il tempo più o meno lungo trascorso dalla sentenza di condanna al momento della perpetrazione del nuovo reato può essere tenuto in considerazione per giudicare dell'indole del delinquente e della necessità o meno di una più grave pena.

Consideriamo però la questione rispetto alla legge positiva.

Premettasi che nel Codice toscano non poteva esservi disposizione alcuna, per la ragione già esposta, che esso riconosceva solo la recidiva *vera.*

Nel Codice sardo invece era disposto che le pene imposte ai recidivi avevano luogo anche nel caso di prescrizione decorsa a favore del condannato (art. 125).

Nell'ultimo Progetto di Codice penale, come già si è osservato, era stato disposto che, a costituire l'aggravante della recidiva, occorreva, fra le altre condizioni, che dall'ultima condanna non fosse trascorso un tempo pari o superiore a quello fissato per la prescrizione della condanna medesima.

Con tale disposizione il quesito, di cui facciamo l'esame, veniva eliminato, perchè colla prescrizione della *condanna* cessava lo stato di recidività.

Essa subì tuttavia la modificazione, di cui precedentemente abbiamo fatto cenno; onde la questione intorno all'efficacia della prescrizione della condanna, riapparisce.

È agevole però risolverla con le disposizioni stesse del Codice.

---

1) FARINACIO, op. cit., quaest. XXIII, n. 12.

2) Vedi CHAUVEAU et HÉLIE, op. cit., n. 206; ALIMENA, op. cit., pag. [illegible] ed altri.

La *prescrizione* è per la disposizione dell'art. 95 causa *estintiva* anco della *condanna*. Ma il legislatore si limita solo a disporre che la *condanna si prescrive* in termini, che sono particolarmente determinati; e non adopera le stesse espressioni, di cui si valse per determinare l'efficacia giuridica dell'*amnistia* rispetto alle condanne; non dice, cioè, che essa faccia cessare tutti gli *effetti penali* di esse.

Sembraci quindi che delle *condanne prescritte* si debba tener conto nel calcolo della recidiva.

§ 21.

Nell'applicazione delle norme legislative stabilite per la recidiva non può sorgere dubbio nel caso che si verifichi l'ipotesi preveduta nell'art. 101 del Codice penale.

In questo è stabilito che « quando la legge non disponga altrimenti, nelle contravvenzioni per le quali è stabilita la sola pena pecuniaria non oltre le lire trecento, l'imputato può far cessare il corso dell'azione penale pagando, prima dell'apertura del dibattimento, una somma corrispondente al massimo della pena stabilita per la contravvenzione commessa, oltre le spese del procedimento ».

Si contempla in questo articolo la *oblazione volontaria* come causa estintiva dell'azione penale per una categoria di contravvenzioni.

Trattasi di un procedimento penale, che non si esaurisce con una *sentenza di condanna,* ma con un provvedimento legale particolare, che in sostanza è una condanna. Eppure di questa non può tenersi conto agli effetti della recidiva, con quanta giustizia non sappiamo, solo perchè il colpevole non si è voluto esporre al pubblico giudizio, ed ha preferito pagare per intiero la pena pecuniaria e le spese prima del dibattimento.

§ 22.

Discutesi se la recidiva si debba ammettere quando la condanna per il secondo reato presuppone necessariamente la condanna per un precedente reato, come, ad esempio, nelle ipotesi previste dall'art. 234 Codice penale o nell'altra dell'art. 227.

Nell'art. 227 si prevede l'ipotesi che il condannato evada valendosi della violenza verso le persone o mediante rottura. E nel *capoverso ultimo* è disposto che non si applicano le disposizioni dell'articolo 76, cioè, le disposizioni relative ad alcune ipotesi di *concorso* di *reati* e di *pene*.

E l'ipotesi, che ha rapporto colla questione che esaminiamo, è quella contemplata nel *capoverso* dell'art. 76, che fu precedentemente oggetto di esame e di critica.

In questo *capoverso* si prevede l'ipotesi che si debba giudicare la stessa persona per un reato commesso dopo la condanna ad una pena temporanea restrittiva della libertà personale e *prima ch'essa sia scontata o mentre si sconta.*

In tale ipotesi non si dà luogo a dichiarazione di recidiva, ma solo all'applicazione delle norme stabilite per il *concorso* di *reati* e di *pene.*

Or il legislatore colla disposizione dell'ultimo capoverso dell'articolo 227 dispose che, nel caso di condanna per il reato in questo articolo preveduto, non si applicano le norme stabilite per la *recidiva.*

Non giungiamo perciò a comprendere la discussione, che si è fatta sull'applicabilità o meno di queste norme all'ipotesi prevista dall'art. 227, quando le disposizioni della legge sono chiarissime [1]).

Nel Codice sardo l'art. 284, che prevedeva l'ipotesi della fuga dei detenuti coll'uso di mezzi particolari aveva il seguente *capoverso:* « Pel solo fatto però di fuga tentata od eseguita coi suddetti mezzi dopo di una condanna, non sarà luogo alle disposizioni contenute nel Libro I, tit. II, cap. V, sez. II, *Dei recidivi* ».

Sebbene in questo *capoverso* si stabilisse che la condanna per evasione si dovesse escludere dal calcolo della recidiva, pure la norma in esso espressa corrisponde a quella stabilita nell'ultimo capoverso sopra citato dell'art. 227. Evvi solamente differenza nei concetti fondamentali seguíti dai due legislatori.

Difatti il Codice sardo non aveva la disposizione del *capoverso* dell'art. 76, che, come abbiamo dimostrato, erroneamente esclude

---

[1]) Sostiene che si applicano tali norme il CRIVELLARI (op. cit., vol. IV pag. 387) per la ragione che la condizione del recidivo si aggrava per il disprezzo dimostrato verso la condanna: ragione futile dinanti al chiaro disposto della legge. Non lo segue in questa interpretazione il SUMAN, continuatore dell'opera del CRIVELLARI, adducendo però una ragione *erronea,* perchè contraddicente alla legge, che, cioè, per la dichiarazione di recidiva occorre che la condanna *sia stata scontata od estinta.* Respinge quell'interpretazione il MANZINI, adducendo una ragione debole, cioè l'assurdità delle conseguenze che ne deriverebbero accettando quell'interpretazione, fra le quali questa che l'*evasione* del condannato si punirebbe più gravemente del *ferimento* (op. cit., pag. 270). Tale conseguenza sarebbe ripugnante, ma non per questo risulterebbe dimostrata l'erroneità dell'interpretazione data dal CRIVELLARI.

ell'ipotesi in esso prevista la *recidiva*, ma non il concorso di *pene*; sso ammetteva in quella ipotesi la *recidiva*.

Ma, *recidiva* o *concorso* di *reati* e di *pene* che sia, è certo che per l'uno e l'altro Codice la condanna per evasione non ha efficacia li *aggravare*, nè di fare aumentare la pena.

La questione, che sopra abbiamo formulata, presenta invece una certa gravità, quando si tratta di condanne per trasgressione agli obblighi derivanti da altre condanne (art. 234).

È disposto in questo articolo che il condannato, il quale, fuori dei casi preveduti in altre disposizioni del Codice, trasgredisce agli obblighi derivanti dalla condanna, è punito:

1.° se trattisi della interdizione dai pubblici uffici o della sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte, colla detenzione sino ad un anno o con la multa da lire cento a tremila, ferma la durata della pena cui è stato condannato;

2.° se trattisi della vigilanza speciale dell'Autorità di pubblica sicurezza, con la reclusione da un mese ad un anno, rimanendo sospeso il corso della vigilanza durante il tempo della carcerazione preventiva e della reclusione.

È facile rilevare che il legislatore con la disposizione dell'art. 234 prevede parecchi casi di *inosservanza* di pena; e diciamo parecchi, perchè in altre disposizioni del Codice si contemplano altri casi, cioè, la *violazione* del *confino* (art. 18, *capoverso*), la *violazione* dell'*arresto in casa* (art. 21, *capoverso*), la *violazione* degli obblighi inerenti alla *riprensione giudiziale* (art. 26, *ultimo capoverso*).

È nota la ragione per la quale si puniscono le violazioni sopra cennate agli obblighi derivanti dalla condanna.

Vi sono pene, ad imporre l'osservanza delle quali, se l'individuo non vi si sottopone, è impossibile esercitare la coercizione fisica; donde la necessità della punizione inflitta dal Codice a coloro che volontariamente non vi si assoggettano.

Or l'indole speciale di queste infrazioni, che intimamente si collegano alla condizione particolare, in cui trovasi il colpevole, che è quello di *condannato*, e la ragione particolare, per la quale il legislatore commina delle pene, hanno indotto non pochi scrittori a sostenere che le condanne per quelle infrazioni o, per dire più chiaramente, le condanne per *inosservanza* di pena, non debbono tenersi in calcolo per la recidiva [1]).

---

[1]) MAJNO, op. cit., n. 424; PESSINA, op. cit., pag. 307; CONTI, op. cit., pag. 7; SERAFINI, op. cit., pag. 447, ed altri.

E si è osservato anco da alcuni giuristi che la recidiva nel suo vero significato giuridico presuppone che il nuovo reato sia scevro da qualsiasi attenenza col precedente o con la pena di esso [1]).

Pochi scrittori hanno affermato la massima contraria, adducendo come ragione il silenzio del legislatore, e richiamando il principio, che la condizione del recidivo si aggrava appunto perchè dimostra disprezzo verso la legge, e, nel caso in esame, verso il magistrato anco, che ha inflitto la condanna [2]).

Or non vi ha dubbio che il legislatore tace, e che le norme da lui stabilite sono assolute, e che quindi non è lecito derogare ad esse, se non nei casi in cui il legislatore stesso lo permette; ma d'altra parte fa d'uopo considerare che al legislatore sfuggono spesso alcune particolarità: donde il silenzio, al quale bisogna che si sostituisca la voce del giureconsulto, che è l'interprete della legge. Non occorre che si dica che in materia penale l'interpretazione del pensiero del legislatore, nel silenzio della legge, deve essere fatta benignamente.

Or bene nell'ipotesi che esaminiamo, per interpretare la mente del legislatore, bisogna che si determini con precisione giuridica la natura del reato previsto nell'art. 234, cioè, l'*inosservanza di pena*, e la natura delle altre infrazioni agli obblighi della condanna prevedute in altre disposizioni.

Certo è che il legislatore ha elevato a delitti quelle infrazioni per rafforzare l'efficacia esecutiva delle condanne di fronte a quegli individui, che tentano sottrarsi all'espiazione della pena [3]). E col punire quelle infrazioni il legislatore implicitamente ha considerato l'indole alquanto ribelle del condannato e nel tempo stesso l'inclinazione a disprezzare la legge e la sentenza del magistrato.

Or se ciò si ammette, e sembraci doversi ammettere, non vi è ragione di aggravare maggiormente la pena, col tener conto della sentenza di condanna per inosservanza di pena e di dichiarare lo stato di recidività. Non si può ritenere che il legislatore abbia voluto che del disprezzo della legge, senza ragione giuridica valevole, si tenga due volte conto.

Un altro dubbio però si presenta, se, cioè, della sentenza di condanna per i reati previsti negli art. 234, 227, ecc. si debba tener conto nel caso di ricaduta in quei reati.

---

[1]) PESSINA, op. cit., pag. 307, che adduce l'esempio della fuga del condannato dal luogo di pena.

[2]) CRIVELLARI, op. cit., pag. 387.

[3]) Vedi CARRARA, *Programma*, vol. IV, § 2840.

È stato deciso che in tale caso la recidiva deve essere dichia-ıta, perchè si rientra sotto i principî generali della recidiva e le orme che sono state stabilite dal legislatore [1].

Anco a noi sembra che così debba essere interpretata la legge, erchè, se la prima condanna per inosservanza di pena o per evaione è scevra da qualsiasi attinenza colla condanna *principale* (ci si ermetta l'espressione), la seconda invece ha attinenza intima con uella; sicchè le norme stabilite per la recidiva trovano completa ed satta applicazione.

Notiamo infine che nelle legislazioni, che ammettono solamente a recidiva *specifica,* la recidiva viene implicitamente esclusa nella ipotesi in cui la seconda condanna riferiscesi all'*evasione* o *inosservanza* di pena, perchè questi reati non hanno alcuna attinenza con quelli per i quali ebbe luogo la prima condanna.

Quei Codici poi, che ammettono anco la recidiva *generica,* non contengono, per quanto è a nostra conoscenza, alcuna disposizione sulla questione da noi esaminata.

Ma questa, a nostro parere, non può essere risoluta diversamente dal modo come da noi fu fatto, anco rispetto a quei Codici [2].

§ 23.

Un'altra questione, molto dibattuta nella scienza, è se debbano escludersi nel computo della recidiva le sentenze di condanna a *pene lievissime* o, come si preferisce dire da alcuni, le sentenze di condanna per *reati minimi.*

E diverse sono le risoluzioni date, non sempre nella dottrina di alcuni scrittori legittimamente dedotte dalle premesse da loro stessi poste a fondamento della teorica della recidiva.

Così, ad esempio, il Carrara, che sostiene che l'aggravamento di pena per il recidivo ha la sua ragione d'essere nello spreto della pena dal colpevole subíta e nella presunzione della insufficienza di essa, sostiene poi, con quanto rigore di ragionamento non sappiamo, che dal computo della recidiva bisogna eccettuare le condanne a pene minime, perchè queste appena dànno campo al giovine spensierato di comprendere i patimenti del carcere [3].

---

[1]) Vedi Tribunale di Torino, sentenza 11 febbraio 1892 (in *Giurisprud. ital.*, an. 1892).

[2]) La Cassazione francese ha deciso non poche volte in questo senso. Vedi Dalloz, 1893, 1, 47.

[3]) Carrara, op. cit.

Tale considerazione non ha alcun fondamento giuridico, perchè è risaputo che il legislatore stabilisce la durata delle pene secondo la gravità dei reati, e le pene *minime* sono appunto minacciate per i reati lievissimi. Or, se un individuo (non parliamo di giovine spensierato, come fa il Carrara, perchè l'età del colpevole nulla influisce sulla questione) dopo avere espiato una pena minima commette un reato grave, è da presumere, secondo la dottrina propugnata dal Carrara intorno alla recidiva, che egli è inclinevole alla delinquenza, e di conseguenza la punizione per il secondo reato debba essere più grave.

Maggiore importanza tuttavia ha un'altra considerazione fatta da quello illustre scrittore, che, cioè, è mostruoso che la condanna ad un giorno di prigionìa ponga in istato di recidiva colui che dopo essere trascorsi molti anni commette un delitto passibile di 12 anni di casa di forza [1]).

Ma tale considerazione può valere non ad escludere in modo assoluto dal computo della recidiva le condanne a pene minime, ma a dimostrare in modo sempre più convincente la verità della dottrina che lascia all'arbitrio del giudice la dichiarazione di recidiva [2]).

E che non si possano escludere in modo assoluto dal computo della recidiva le condanne a pene minime risulta chiaro dalla seguente osservazione, che molti recidivi appartengono alla classe di delinquenti, che commettono reati di lieve entità, e parecchi di essi possono considerarsi come delinquenti di *mestiere:* onde sarebbe illogico non aggravare mai la pena per costoro finchè commettono quei reati.

E che il sistema più scientifico da seguire sia quello di lasciare all'arbitrio del giudice, anco nell'ipotesi che esaminiamo, la dichiarazione di recidiva, risulta chiaro non solo dall'osservazione ora fatta ma anco dall'altra che puossi fare sul caso, in cui la ricaduta ha luogo da reato grave a reato minimo.

Anco in questo caso potrebbe essere ingiusto punire più gravemente il recidivo, come potrebbe essere non meno ingiusto il punirlo senza aggravamento di pena.

La ragione di aggravare o meno la pena non può ritrovarsi se non nei risultati di un giudizio esatto dell'indole del delinquente e delle circostanze speciali, nelle quali la ricaduta nel delitto avvenne.

---

1) CARRARA, op. cit.
2) Vedi anco CONTI, op. cit.

orme assolute per escludere od ammettere le condanne a pene mi-ime per gli effetti della recidiva non si possono stabilire [1].

In parecchi Codici non si fa eccezione alcuna alle norme gene-ali, che regolano la recidiva, in considerazione della maggiore o inore gravità dei reati. Ve ne sono però altri, nei quali si stabi-iscono alcune eccezioni, come, ad esempio, nel Codice penale fran-ese che esclude la recidiva in *delitti*, quando per il primo delitto u inflitta una pena inferiore ad un anno di prigionìa.

Nei diversi Progetti che precedettero il Codice vigente non si aceva limitazione alcuna alle norme generali per la recidiva.

Nel seno della Commissione senatoria, quando fu proposto che si preferisse la recidiva *generica* alla malagevole classificazione dei casi di recidiva *specifica*, fu osservato che era necessità escludere dall'aggravante della recidiva i delitti minimi, cioè, quelli puniti con pena restrittiva di libertà minore di un anno o anche con pena inferiore, perchè bastava in questi casi, per la retta applicazione della legge, l'estensione di potere che si accordava al giudice, stabilendo un minimo ed un massimo della pena [2].

Ma la proposta fu respinta dalla Commissione di revisione. Il Codice vigente quindi, in conformità alla maggior parte delle legislazioni straniere, ammette la recidiva per qualsiasi pena precedentemente inflitta a chi ricade nella delinquenza.

CAPO VI.

Effetti della recidiva

---

§ 1.

Dallo stato di recidività derivano due ordini di effetti giuridici, l'uno si riferisce alla *penalità*, l'altro alla *condizione giuridica* del recidivo.

Questi due ordini di *effetti* nel maggior numero dei casi, e specialmente in quelli che presentano maggior gravità, si integrano fra loro. E questa integrazione intravide il ministro Zanardelli, quando

---

[1]) La questione che esaminiamo non avrà più importanza, se, come è un desiderato della scienza, le brevi pene restrittive della libertà personale saranno cancellate nelle legislazioni e sostituite da provvedimenti giuridici più opportuni.

[2]) *Relazione* cit., pag. 95.

per dare la giustificazione della tenue sanzione penale contro la recidiva *generica*, consistente non in un vero *aggravamento* di pena ma nel togliere al recidivo il beneficio di potere essere punito col minimo della pena stabilita per il secondo reato, osservò che non solo giovava considerare che il magistrato farebbe savia applicazione del precetto di legge, ma bisognava anco riflettere che, praticamente, più del *valore intrinseco* della sanzione sono importanti gli effetti giuridici che ne conseguono: e ricordava le disposizioni di legge intorno alla *liberazione condizionale*, alla *riabilitazione*, ecc. [1]).

E certamente questi effetti giuridici, da alcuni detti *indiretti*, giovano ad accrescere vieppiù il valore intrinseco delle sanzioni penali.

Or degli effetti *giuridici* della recidiva in rapporto alla pena o effetti *diretti*, abbiamo estesamente detto, trattando delle norme stabilite dal legislatore negli art. 80, 81 e 84 della Parte generale del Codice, e negli articoli che prevedono la recidiva *speciale* in alcuni *delitti* ed in alcune *contravvenzioni*, e che trovansi collocati nella *parte speciale* del Codice ed in alcune disposizioni delle *leggi particolari*.

Onde obbietto di esame debbono essere gli effetti giuridici *indiretti*, che consistono per lo più in modificazioni speciali apportate alla condizione *giuridica* del recidivo, e per le quali è resa questa inferiore a quella degli altri condannati.

Gli effetti giuridici *indiretti* sono d'indole diversa e sono preveduti, alcuni nel *Codice* e possono denominarsi effetti *generali*, altri nel *Regolamento generale* carcerario e sono d'indole *disciplinare*. Vi sono poi effetti giuridici indiretti preveduti nelle leggi speciali.

Incominciamo dall'esame dei primi.

§ 2.

Un istituto nuovo nella nostra legislazione penale è quello della *liberazione condizionale*. Questa, sebbene non sia come diceva il ministro Zanardelli, uno stato pieno di libertà, pure ha la maggior parte dei vantaggi di questo, perchè il liberato condizionatamente è sottoposto solo a taluni vincoli. Comunque sia, certo è che la liberazione condizionale è un beneficio concesso a taluni condannati e date alcune speciali condizioni.

---

[1]) *Relazione al Re*, XLVI.

Or da questo beneficio è escluso in alcuni casi il *recidivo,* come risulta dalle disposizioni dei numeri 3 e 4 dell'art. 16 del Codice penale.

Per l'art. 16 il condannato alla reclusione o alla detenzione per un tempo superiore ai tre anni, che abbia scontato tre quarti della pena e non meno di tre anni, se si tratti della reclusione, o la metà, se si tratti della detenzione, e abbia tenuto tale condotta da fare presumere il suo ravvedimento, può ottenere la liberazione condizionale, sempre che il rimanente della pena non superi i tre anni.

Tuttavia la *liberazione* non è concessa per la disposizione del n. 3 « al recidivo in alcuno tra i delitti indicati negli art. 364 al 368 e 404 », e per la disposizione del n. 4 « al recidivo per la seconda volta in qualsiasi delitto, quando sia stato condannato a pena che superi i cinque anni ».

Dalla letterale espressione della legge facilmente si desume, che l'esclusione dal beneficio della *liberazione condizionale* non è effetto giuridico, che deriva da tutte le sentenze di condanna per *recidiva.*

Infatti i casi di recidiva previsti nel n. 3 si riferiscono al delitto di omicidio *volontario semplice* o *aggravato* ed all'omicidio *oltre l'intenzione,* inoltre ai *furti* così detti *qualificati.*

Indubbiamente, adunque, nella disposizione del n. 3 è prevista la recidiva *specifica* nei detti reati ed è considerata come circostanza escludente il beneficio della liberazione condizionale. Onde l'effetto giuridico della esclusione da tale beneficio è ristretto a quelle speciali categorie di delitti, i quali, secondo il pensiero del legislatore, rivelano maggiore *pericolosità* del delinquente.

Nella disposizione poi del numero 4.° non si fa distinzione alcuna dei delitti, nei quali si deve avverare la recidiva; ma si limita il numero di essi, perchè si richiede, per non concedere al delinquente il beneficio sopra cennato, che il delitto abbia una *certa* gravità, la quale si desume dalla pena inflitta al recidivo, pena che deve essere superiore ai *cinque* anni.

Nè ciò è tutto. Per la disposizione contenuta sotto il numero 4.° la liberazione condizionale non è concessa al recidivo per la *seconda volta in qualsiasi delitto.* Onde questo effetto giuridico ha luogo, quando si tratti di recidiva *generica reiterata,* oppure di recidiva *specifica reiterata* in delitti non compresi tra quelli previsti nel numero 3.°

Come vedesi, il nostro legislatore ha escluso dal beneficio della liberazione condizionale alcune categorie di recidivi, cioè quei recidivi che ha creduto essere più temibili o meno emendabili. Così ha

seguíto in parte il sistema del Codice ungherese, il quale esclude da quel beneficio i recidivi in furto, rapina, estorsione, appropriazione indebita, ricettazione, ecc. (§ 49).

Un altro effetto giuridico indiretto della recidiva è il *raddoppiamento* dei termini stabiliti dalla legge per la domanda di *riabilitazione* (*capoverso* 3.° dell'art. 100 del Cod. pen.). Ciò è conseguenza logica della presunzione, sulla quale il legislatore eleva l'istituto della riabilitazione, che, cioè, il condannato si sia ravveduto, quando per tutto il tempo stabilito dalla legge ha tenuto buona condotta. Or la ricaduta nel delitto distrugge quella presunzione, donde la necessità che si raddoppi il termine per la domanda di riabilitazione.

Badisi però che non qualsiasi ricaduta nel delitto distrugge quella presunzione, ma la ricaduta, che, secondo le disposizioni della legge, costituisce recidiva. Da ciò la conseguenza che ha applicazione il disposto del *capoverso* citato dell'art. 100, se il nuovo reato sia stato commesso oltre i termini stabiliti nell'art. 80, oppure trattisi di reati, le cui condanne non possono essere tenute in conto per la dichiarazione dello stato di recidività a termini dell'art. 83.

§ 4.

Un altro effetto giuridico della recidiva è la perdita del beneficio della sostituzione della *riprensione giudiziale* alle pene indicate nell'art. 26 del Codice e che dovrebbero essere inflitte al colpevole a causa del nuovo reato.

Ed infatti in quell'articolo è disposto che, quando la pena stabilita dalla legge non superi un mese di detenzione o di arresto, tre mesi di confino, ovvero trecento lire di multa o di ammenda, ove concorrano circostanze attenuanti, e *il colpevole non abbia riportato mai condanna per delitto, nè condanna per contravvenzione ad una pena superiore ad un mese di arresto,* il magistrato può dichiarare che alla pena da lui pronunziata è sostituita una *riprensione giudiziale.*

Come si desume dalla disposizione dell'art. 26, per applicare la *riprensione giudiziale* si richiede la condotta irreprensibile del colpevole, poichè in modo chiaro è escluso da quel beneficio chi abbia riportato alcuna condanna per delitto o condanna per contravvenzione a pena superiore ad un mese di arresto.

E qui non deve passare inosservata la differenza tra il Progetto ed il Codice. In quello erasi stabilito che la surrogazione della riprensione giudiziale alla pena della detenzione, dell'arresto, ecc.,

›teva avere luogo ove il colpevole non avesse riportato *alcuna con- ınna nei cinque anni anteriori al commesso reato* (art. 27).

Or questa limitazione di tempo fu soppressa nel testo definitivo. a ragione del mutamento trovasi implicitamente indicata nelle con- .derazioni fatte dal Ministro nella *Relazione finale* per sostenere istituto giuridico della *riprensione giudiziale* contro le obbiezioni he erano state mosse per eliminarlo. In quella Relazione è detto he nel testo definitivo si volle circondare quell'istituto di tutte uelle cautele riconosciute necessarie per il suo retto funzionamento, fra queste è, senza dubbio, l'irreprensibilità di condotta precedente ıel colpevole [1]).

Or, se il legislatore richiede, per la surrogazione cennata, che il :olpevole non abbia riportato mai condanna, a maggiore ragione la ·ecidiva è causa di esclusione di quel beneficio [2]).

§ 5.

Un altro effetto giuridico della recidiva è l'*interruzione* della *prescrizione* della *condanna.* Ma il legislatore ha attribuito questo effetto alla sola recidiva *specifica,* poichè nella disposizione dell'ultimo *capoverso* dell'art. 76 è stabilito che « la prescrizione della condanna è pure interrotta, se, durante il suo corso, il condannato commetta un altro reato della stessa indole ».

Questa disposizione giustamente è stata criticata, perchè non si comprende per quale ragione non debba attribuirsi lo stesso effetto alla recidiva *generica,* che, come altrove si è detto, può presentare maggior gravità della recidiva *specifica.*

Il difetto, che constatasi nella disposizione di legge ora esaminata ed in altre che si riferiscono alla recidiva, è stato, a nostro giudizio, effetto di omissione di diligenza nel coordinare la disposizione del Progetto, che riconosceva solo la recidiva *specifica,* colla prima parte della disposizione dell'art. 80 del testo definitivo, che introdusse anco la recidiva *generica.* Non si è pensato, crediamo, di estendere anco alla recidiva *generica* le disposizioni relative alla recidiva *specifica.*

È assurdo invero, come ben osserva il Florian, che il reato nuovo debba essere della stessa indole del precedente, giacchè se la ragione di tale causa interruttiva risiede nella rivelazione di temi-

---

[1]) *Relazione* cit., XV·

[2]) Vedi sull'argomento: *La riprensione giudiziaria e l'evoluzione delle pene morali* di SILVIO LONGHI (in *Enciclopedia giuridica italiana*).

bilità da parte del condannato, questo indice rimane ugualmente, qualunque sia il reato commesso, eccezione fatta soltanto per alcuni reati di minima importanza [1]).

Non si comprende inoltre perchè non si sia attribuita alla ricaduta nel delitto anco l'efficacia d'interrompere la prescrizione della *azione penale.* Giustamente fu osservato che l'allarme sociale, nell'ipotesi di un nuovo reato durante il termine prescrizionale, si ridesta con tanto maggior energia quanto più viva diventa nel pubblico la coscienza del corso pericolo e quanto maggiore è il disinganno per l'erroneo senso di sicurezza determinato dall'ignoranza di quel pericolo [2]).

Non fa d'uopo dire che per l'applicazione del disposto dell'ultimo *capoverso* dell'art. 96 è necessario che per il nuovo reato sia stata pronunziata sentenza di condanna *irrevocabile;* ma non già che concorrano tutte le altre condizioni, che sono stabilite dalla legge nella *prima parte* dell'art. 80.

Se la sentenza di condanna è stata pronunziata da tribunali stranieri, essa non ha efficacia d'interrompere la prescrizione. Vero è, che il legislatore nell'ultimo *capoverso* dell'art. 96 non fa distinzione, ma questa è fatta nel numero 4 dell'art. 83 già da noi esaminato: distinzione, che è la conseguenza di un principio generale ammesso dal legislatore, che, cioè, le sentenze straniere non hanno efficacia giuridica nel nostro paese.

§ 6.

Un altro effetto giuridico della recidiva è quello indicato nell'ultimo *capoverso* dell'art. 431.

In questo articolo, in cui il legislatore considera il valore della *cosa,* che ha formato oggetto del delitto contro la proprietà, agli effetti della pena stabilisce che, se il valore sia *lievissimo,* il magistrato può ridurre la pena sino ad un terzo. Nell'ultimo *capoverso* però toglie il beneficio della riduzione di pena al colpevole *recidivo in delitto della stessa indole.*

Di questa disposizione già ci siamo occupati, indicando le condizioni che sono necessarie per la sua applicabilità, e non occorre quindi aggiungere altro.

---

[1]) FLORIAN, op. cit., pag. 438: MAJNO, op. cit., pag. 313.

[2]) OLIVIERI, in *Appunti al nuovo Codice penale,* pag. 263: seguìto dal MAJNO, op. cit., GAROFALO, *Criminologia,* pag. 449.

Di un altro effetto giuridico della recidiva abbiamo già fatto enno, quando abbiamo esaminato i casi diversi di recidiva *speciale* ontemplati in varie disposizioni del Codice.

Così, ad esempio, nell'art. 495 è disposto che il recidivo, che non osserva le prescrizioni di legge o di regolamenti, che si riferiscono al commercio o alle operazioni di pegno di cose preziose, ecc. ncorre anco nella *sospensione* dall'esercizio della professione o dell'arte. Questa sospensione è appunto un effetto della *recidiva*.

§ 7.

Sono questi i più notevoli effetti giuridici *indiretti* della recidiva preveduti dal Codice penale.

Ma da quanto fin qui si è detto si rileva che la nostra legislazione presenta non pochi difetti nel modo di determinare le conseguenze giuridiche che dallo stato di recidività dovrebbero derivare: difetti, che ridondano a vantaggio del delinquente ed a detrimento degli interessi della società.

Quando l'occasione si è presentata, abbiamo fatto cenno delle modificazioni che dovrebbero essere introdotte; ma l'indole del lavoro non ci permette di occuparcene estesamente.

Tuttavia non omettiamo di notare che oramai dalla maggior parte dei criminalisti si chiede che tra gli altri effetti della recidiva sia annoverata la esclusione dal benefico dell'*amnistia* e dell'*indulto*.

Anco a noi sembra scientifica tale dottrina, ma per la sua retta applicazione bisogna, a nostro giudizio, che sia regolato anco secondo i dettami della scienza l'istituto della *recidiva*. Ed una delle riforme necessarie, lo ripetiamo, è quella di lasciare al prudente arbitrio del magistrato la dichiarazione dello stato di recidività.

E difatti, come si è già più volte notato, in alcuni casi l'applicazione delle norme di legge dà luogo ad ingiustizie, perchè si aggrava la pena a colpevoli, che ricadono nel delitto occasionalmente e per motivi entro certi limiti giustificabili, ed invece non si aggrava per colpevoli, che ricadono nel delitto per una malvagia inclinazione.

Or rispetto ai primi, dato tale difetto delle legislazioni derivante dall'*obbligatorietà* della dichiarazione di recidiva da parte del magistrato, il non riconoscere come effetto della recidiva l'esclusione dal beneficio dell'*amnistia* o dell'*indulto* può essere una riparazione indiretta all'inconveniente sopra cennato.

§ 8.

Accenniamo ora quali effetti giuridici *disciplinari* derivano dallo stato di recidività [1]).

Ricordiamo dapprima che per la disposizione dell'art. 413 del *Regolamento generale* delle carceri i recidivi sono assegnati ai diversi stabilimenti penitenziari secondo la durata della pena, che debbono espiare.

È da notare poi che per l'art. 367 dello stesso regolamento i condannati, nel periodo della segregazione cellulare notturna, sono ripartiti in tre classi, la prima detta *classe di prova,* la seconda *classe ordinaria,* la terza *classe di merito.* È una gradazione di classi che influisce, come si comprende facilmente, sul *trattamento carcerario* dei condannati.

Or per l'art. 379 di quel regolamento i periodi di permanenza nelle classi di *prova* e nelle classi *ordinarie* sono aumentati della metà:

1.° ai *recidivi in omicidio,* nei casi previsti dagli art. 364 a 368 del Codice penale;

2.° ai recidivi in *rapina, estorsione* o *ricatto* nei casi previsti dagli art. 406 a 416 ed ai recidivi in furti *qualificati;*

3.° ai recidivi per la *seconda volta* in qualsiasi delitto, e che siano stati condannati a pena superiore ai cinque anni.

Inoltre a nessun condannato, che sia stato dichiarato *recidivo* a termini del Codice penale, si può applicare mai il *minimo delle punizioni disciplinari* (art. 350 *Reg. cit.*).

Inoltre a lui è tolto il beneficio concesso agli altri condannati, cioè, di essere punito con una punizione minore di quella stabilita dal *Regolamento,* anco se confessi spontaneamente le colpe commesse (articolo 353 del *Reg. cit.*).

Sono questi i più importanti *effetti disciplinari,* cui dà luogo la recidiva [2]).

---

[1]) Di questi si occupa il MANZINI, il quale bene osserva, che gli scrittori dimenticano di fare cenno di essi.

[2]) Opportuna è anco la disposizione dell'art. 448, che impone di eseguire, a cura e spese dell'Amministrazione, la *fotografia* di coloro, che sono dichiarati recidivi a termini degli art. 80 e 81 Codice penale.

§ 9.

Occorrerebbe infine dire degli effetti giuridici, che derivano dalla *recidiva,* secondo le disposizioni delle *leggi speciali.* Trattasi di *incapacità,* di *decadenze,* ecc., insomma, di limitazioni dell'attività individuale, che sarebbe lungo e inopportuno enumerare.

Più notevoli fra tali effetti sono l'*ammonizione,* l'*assegnazione a domicilio coatto,* ecc., stabiliti dalla Legge di *pubblica sicurezza,* e di cui già abbiamo fatto parola.

PARTE TERZA.

Teorica scientifica della recidiva

---

§ 1.

Una *teorica scientifica della recidiva* deve avere per fondamento i dati di osservazione offerti da tutte quelle scienze, che studiano quel fenomeno non solo dal punto di veduta *individuale* o *antropologico,* ma anco e principalmente da quello *sociale.*

E questi dati debbono essere connessi tra loro in modo che si possa stabilire una nozione esatta della *recidiva,* ottenere una completa designazione delle *cause* determinanti di quel fenomeno, ricercare i *rimedi opportuni* per eliminare il maggior numero possibile di queste cause, attenuare la forza di quelle, la cui eliminazione è impossibile, ed infine *indicare* quelle misure repressive, che si ritengono efficaci per lottare contro coloro, che ricadono nella delinquenza sotto l'azione di *cause,* che non possono eliminarsi.

All'integrazione di tutti i dati scientifici necessari per il conseguimento di questi diversi fini si è rivolta fin dalla seconda metà del secolo passato l'attenzione di *giuristi,* di *antropologi,* di *sociologi* e dei cultori della *scienza penitenziaria;* e, come già abbiamo avuto occasione di notare, importanti risultati si sono ottenuti.

Non si è fatto però ancor tutto quanto è necessario per costruire una teorica scientifica della recidiva, quale è vagheggiata da quegli scrittori che amano procedere nell'indagine scientifica con metodo *positivo.*

Ostacoli non pochi si sono opposti al fermo proponimento ed all'attività intellettuale di tanti fervidi ingegni, che sotto tutti gli aspetti hanno studiato quel fenomeno sociale, che è indubbiamente un fenomeno *anormale* in alcuni casi, *patologico* in altri, della vita delle società.

E gli ostacoli provengono non solo dalla *complessità* delle cause che determinano quel fenomeno, ma anco dalla natura speciale delle cause *immediate* di esso, che sono cause *psicologiche.*

E difatti l'*indagine statistica,* che per lo studio dei fenomeni *psichici* ha la stessa importanza dell'indagine a base di esperimento e

li *osservazione esterna*, che si compie nello studio dei fenomeni fisici, non ha dato per ragioni varie risultati sicuri.

Un'indagine statistica, diretta ad ottenere risultati *scientifici* nel senso vero della parola, non può essere ristretta nella cerchia della attività delittuosa di un sol popolo, ma dev'essere estesa alla *delinquenza* del maggior numero possibile dei popoli.

Or bene, come è stato già osservato, pochi fenomeni, come quello della delinquenza, si mostrano ribelli ai confronti internazionali, perchè non tutti i legislatori sono concordi nel classificare i reati secondo un criterio unico, non tutti gli Stati hanno la medesima terminologia per i delitti, anche i più comuni. Nello stesso nostro paese abbiamo da pochi anni un Codice penale unico [1]).

Non ostante le difficoltà non lievi oppostesi alle investigazioni statistiche, si è ottenuto tuttavia di constatare alcune delle *cause* della recidiva e di intravedere alcune delle *leggi*, alle quali questo fenomeno è soggetto.

Le *cause* si sono distinte in *generali* e *speciali*. Fra le prime sono indubbiamente notevoli ed in particolar modo per il nostro paese:

1.° la *miseria;*

2.° l'*abbandono* dei fanciulli, che forse in molti casi è effetto della cattiva organizzazione delle *famiglie;*

3.° il *vizio*, che si manifesta con forme varie, e specialmente col *lusso* nella donna, coll'*alcoolismo* e coll'*impulsività sessuale* nell'uomo.

Fra le cause *speciali* bisogna attribuire non lieve efficacia sul movimento della recidiva, e particolarmente per il nostro paese:

1.° a taluni istituti di *pubblica sicurezza*, l'*ammonizione*, il *domicilio coatto*, la *sorveglianza speciale;*

2.° alla cattiva organizzazione degli *stabilimenti carcerari*, tanto riguardo alla *detenzione preventiva*, quanto riguardo al periodo dell'espiazione della pena;

3.° a non pochi difetti dei sistemi *repressivi* delle varie legislazioni.

Come vedesi, parecchie e non lievi sono le cause della recidiva, sulle quali si è fissata in particolar modo l'attenzione dei giuristi e dei sociologi. E sono cause *reali*, non fittizie, ed ammesse da tutti, sebbene da alcuni si trascuri lo studio dei rimedi opportuni per eliminarle o per neutralizzare la loro efficacia, perchè da essi si attri-

---

[1]) VIRGILII, *La statistica nell'odierna evoluzione sociale*, pag. 31, Sandron, 1903.

buisce massima importanza alla *funzione penale* nella lotta contro i recidivi.

Ma di questa dottrina, che è sostenuta da criminalisti seguaci di indirizzo diverso nella scienza del Diritto penale, ci occuperemo fra breve per dimostrare la sua inesattezza.

Certo è che l'influenza di quelle cause sul movimento della recidiva è fuori dubbio, ed il problema, che si presenta allo studio del criminalista, concerne l'*azione*, che lo Stato deve svolgere per la *tutela giuridica* di fronte ai *delinquenti* e specialmente di fronte ai *recidivi,* che sono individui più o meno inadattabili allo ambiente sociale.

§ 2.

Ma prima di occuparci di questo problema tanto grave, occorre accennare ad alcune *leggi* della recidiva, perchè una risoluzione scientifica non può essere data, se di quel fenomeno si considerano solo le *cause.* La conoscenza di alcune *leggi* rende più agevole quella risoluzione, o se non altro ci farà rilevare alcuni caratteri particolari che quel fenomeno presenta.

E, senza venire ad una discussione sul concetto di *legge* in generale e di *legge statistica* in particolare, ci contentiamo di attribuire alla parola *legge* il significato di *costanza relativa* nelle speciali forme di manifestazione della recidiva.

E si può accogliere la distinzione, che delle leggi statistiche della recidiva è stata fatta nella scienza, in leggi *statiche* e leggi *dinamiche.*

Sono leggi *statiche,* meritevoli di maggiore attenzione le seguenti:

1.° che il *sesso maschile* dà maggiore contributo del femminile alla recidiva;

2.° che massimo contributo è dato dai *celibi;*

3.° che il maggior numero di recidive si constata nei reati di lieve entità, e specialmente nei *delitti contro la proprietà;*

4.° che il numero dei recidivi è maggiore nelle *città* e nei *grandi centri;*

5.° che vi sono alcune *classi sociali,* che si distinguono dalle altre, sia per le *condizioni economiche,* sia per l'*organizzazione famigliare,* che danno il massimo contributo alla *delinquenza* in generale ed alla *recidiva* in particolare.

Il maggior numero dei condannati e di recidivi, che alimentano i luoghi di pena, che sono sottoposti alla sorveglianza speciale o mandati a domicilio coatto, appartiene a quelle classi. Ed è ad esse

specialmente che deve essere rivolta l'attenzione degli uomini di governo.

Fra le leggi *dinamiche* della recidiva si notino:

1.° che il massimo numero delle recidive è tra i sedici ed i 40 anni;

2.° che la recidiva aumenta col crescere della popolazione specialmente nella classe disagiata economicamente;

3.° che la *delinquenza* e la *recidiva* si svolgono in senso inverso; val quanto dire che col diminuire della delinquenza *generale* cresce la *recidiva* e viceversa;

4.° che colla civiltà la recidiva cresce in *intensità* e diminuisce in *estensione;* il che vuol dire che il delitto tende a divenire una *professione,* che esso si *specializza* e si *localizza* [1]);

5.° che la recidiva subisce l'influenza delle *leggi* in generale e del *regime penale* e degli *ordinamenti politici* in particolare.

Osservisi ora la corrispondenza fra le *cause* e le *leggi* per vedere la verità di alcune moderne dottrine intorno alla *recidiva* e ai rimedi, che sarebbero necessari per combatterla indipendentemente dalle sanzioni penali, che non sempre sono efficaci.

Evvi infatti corrispondenza fra la *miseria* quale causa della recidiva e la legge di *aumento* di popolazione e l'altra del maggior numero di recidive nei *delitti contro la proprietà:* corrispondenza fra l'*abbandono* dei fanciulli quale causa della recidiva e la legge del contributo alla recidiva dato dai *minori* di età; corrispondenza tra taluni istituti politici (*domicilio coatto,* ecc.) e la quinta legge sopra cennata e così via.

Dalle *cause* e dalle leggi della recidiva ora enumerate potrebbe forse da qualcuno dedursi che la recidiva è prodotto di *cause sociali* che è sottoposta nel suo movimento a leggi di ordine sociologico. E da questa conclusione si potrebbe trarre argomento per dimostrare l'erroneità di quella dottrina, che attribuisce o massima o una non lieve importanza sulla *delinquenza* e specialmente sulla *recidiva* alle cause *antropologiche* e in particolar modo alle *organiche.*

Questa conclusione, lo affermiamo con pieno convincimento, è erronea, e di conseguenza non ha valore alcuno l'argomento che su di essa si è fondato per combattere quest'ultima dottrina. Fa d'uopo darne la dimostrazione.

---

1) Vedi GAROFALO e CARELLI, op. cit.; COLAIANNI, *Sociologia criminale,* volume II, pag. 668.

§ 3.

Fra le cause della recidiva si annovera dagli scrittori il *vizio*. Or la tendenza viziosa è effetto della mancanza o della deficienza di forza di *resistenza* alle attrattive del piacere egoistico, a talune cause sociali che agiscono sugli individui consociati.

Il difetto di forza di *resistenza* non è sempre, come è sembrato ad alcuni, effetto di mancanza di *educazione* e di *istruzione*, ma ha origine per lo più *organica*. Ciò è provato dal fatto, che altrove abbiamo notato, che diversi individui posti nello stesso ambiente sociale estrinsecano diversamente la loro attività. A contatto dello stesso ambiente corrotto alcuni individui restano insensibili, altri sentono ripugnanza, altri poi trovano in quello una condizione favorevole allo sviluppo delle loro tendenze egoistiche e perverse [1]).

Nè fa d'uopo insistere su questo argomento, poichè oramai l'influenza del fattore *organico* sulla *delinquenza* in generale e sulla *recidiva* in particolare non è messa in dubbio se non da coloro, i quali per odio congenito contro ogni nuovo risultato scientifico oppure per mala fede ed ignoranza, esagerano le nuove dottrine per combatterle.

Nelle tabelle statistiche si indicano le cause *sociali* e le cause *psicologiche della delinquenza e della recidiva* e non si accenna per lo più alle cause *organiche:* ma da ciò non può trarsi argomento per negare ogni importanza a queste ultime.

Può solo lamentarsi un difetto nella indagine statistica, che col progresso scientifico sarà eliminato. Come per l'esatta applicazione delle norme stabilite per il *casellario* giudiziario e per l'*identificazione* personale dei delinquenti e dei recidivi è stato utilissimo l'*antropometro* di Bertillon o quello di Anfossi, così, estendendo ancora più con l'applicazione di questo strumento l'indagine antropometrica, si potranno indicare nelle tabelle statistiche quei dati antropologici che potranno essere utili per fare constatare l'influenza del fattore *organico* sulla *recidiva* [2]).

---

[1]) Vedi GAROFALO e CARELLI, op. cit., pag. 909 e nostro lavoro *Manuale di diritto penale ed uso dei medici periti*, Vallardi, 1898.

[2]) Si possono leggere con molto profitto: BERTILLON, *Une application pratique de l'anthropometrie* (in *Annales de la demographie*, an. 1881; *L'identité des recidivistes et la loi de la rélegation: identification anthropometrique et instructions signalétiques*. MACÉ, *Mon musée criminel;* ANFOSSI, op. cit.

L'indagine statistica, sotto questo aspetto considerata, darà la prova evidente di quell'influenza, che del resto si rileva anco parzialmente dalla statistica dei *moventi* delittuosi.

La prevalenza e la persistenza di certi *moventi* perversi nella coscienza di taluni, che per la prima volta delinquono o che ricadono nella delinquenza, non può spiegarsi se non ammettendo l'influenza di anomalie di struttura o di funzioni organiche.

Ed, a nostro giudizio, un elemento di prova dell'influenza del fattore *organico* sulla delinquenza ci è dato dal fatto, che è sembrato strano e che per la sua apparente stranezza è stato messo in dubbio dal Lombroso e da altri, che, cioè, nei paesi dove la delinquenza è *minore* la recidiva è *maggiore*.

Il fatto non può essere contestato, sebbene vi siano alcune poche eccezioni, e perciò dai criminologi è stato elevato a *legge empirica* della recidiva.

Sull'interpretazione del fatto divergono alquanto le opinioni. È sembrato infatti ad alcuni che esso prova specialmente che evvi una classe di individui, che invariabilmente commettono le stesse infrazioni giuridiche e che la criminalità tende sempre più a concentrarsi in qualche modo in un circolo definito [1]).

Costoro, come vedesi, non dànno una spiegazione del fatto cennato, ma lo constatano, per considerarlo come una *tendenza* naturale della criminalità.

Con maggiore precisione il Garofalo ha notato, per interpretare scientificamente il fatto, che il maggiore aumento di civiltà di un popolo non trae seco un aumento di criminalità, ma tende invece a limitare questa in certe forme speciali, che diventano la speciale industria od il mestiere proprio di certe classi refrattarie [2]).

Dunque, secondo il Garofalo, quel fatto è effetto naturale del *progresso civile*.

A questa interpretazione del fenomeno aderisce il Tarde, il quale trae una ulteriore conseguenza, che, cioè, lo stimolare la produzione, l'eccitare l'attività regolare della vita sociale, il promuovere la civiltà sono fatti, che non possono che fare decrescere la criminalità, pur rimanendo identica la tendenza al male [3]).

Ed a sua volta il Colaianni nota che, data la costanza e la generalità del fenomeno, cioè, del procedimento inverso tra *criminalità*

---

[1]) DUCPETIAUX, citato dal COLAIANNI (in *Sociologia criminale*, pag. 667).

[2]) GAROFALO, *Criminologia*, pag. 189.

[3]) TARDE, *Le criminalité comparée*, pag. 6, 1875.

e *recidiva,* c'è da rallegrarsi come di un indizio di progresso morale che genera la trasformazione del delinquente *occasionale* in quello pericoloso *professionale* [1]).

A tale *progresso morale,* secondo quest'ultimo scrittore, va attribuito il fatto, che i delinquenti sentono il bisogno di appartarsi e di ricadere nel delitto per sopperire in qualsiasi modo ai bisogni che non è loro concesso soddisfare normalmente [2]).

A noi sembra che ci sia esagerazione nella dottrina di tali scrittori, o, se non altro, sia in parte inesatta l'interpretazione che da loro si dà alla causalità del fenomeno, di cui è parola.

Ed invero si consideri dapprima che il progresso, se da una parte elimina o riduce alcune forme di attività delittuosa, ne fa sorgere altre, da alcuni impropriamente denominate forme *evolute* della criminalità. E le ricadute in quelle forme si avverano di frequente anco per la persistenza di alcune condizioni particolari dell'ambiente dalla civiltà trasformato e per l'*indole* di coloro che delinquono.

E che le ricadute nelle forme nuove di delinquenza dipendano anco dall'indole degli individui è provato dal fatto sopra esposto, che, cioè, individui posti nelle stesse condizioni di ambiente non operano tutti moralmente e giuridicamente.

Si consideri poi che la civiltà non elimina, ma riduce talune forme di delinquenza; ed ha ragione, sotto questo riguardo, il Garofalo, quando osserva che quella non ha alcun impero su certe cupidigie, su certe aberrazioni, brutalità e mostruosità, che essa è impotente contro il falsario, lo stupratore e l'assassino.

Or quale prova migliore di questa per affermare l'influenza del fattore *organico* sulla recidiva e per attribuire anco in parte a questa influenza il fenomeno, che è sembrato strano, del procedimento inverso tra *criminalità* e *recidiva?*

Ci siamo interessati alquanto del fattore *organico* della recidiva, perchè non potrebbe essere esatta una dottrina giuridica intorno ad essa, se si facesse astrazione da quel fattore.

Dunque complesse sono le cause della recidiva, prevalenti forse le *sociali;* ma si esagera, quando si attribuisce solo a queste la manifestazione del fenomeno, o quando si sostiene il contrario, che cioè causa della recidiva sia esclusivamente il fattore *individuale.*

---

[1]) COLAIANNI, op. cit., pag. 669.

[2]) Il COLAIANNI, attribuendo al progresso *morale* la causalità del fenomeno ora descritto, è condotto a non riconoscere molta importanza alle riforme penitenziarie per l'eliminazione della recidiva.

Le considerazioni che facciamo armonizzano con quelle premesse alla classificazione, che abbiamo fatto dei recidivi, trattando della *recidiva reiterata,* e ci danno una più valida prova della necessità di accogliere quella classificazione.

§ 4.

Posti in modo chiaro i principî scientifici, che concernono la *causalità* nel fenomeno della recidiva, si rendè agevole la risoluzione del problema sopra formulato; ma quale azione deve svolgere lo *Stato* o meglio l'*Autorità sociale,* che ne è la personificazione, contro i *recidivi?*

Or non è a dubitare che il *Potere sociale* per la *tutela giuridica* esercita tre funzioni importantissime: la funzione di *prevenzione,* quella di *coazione,* e quella di *repressione* o *penale,* che si può considerare come il grado massimo di estrinsecazione della seconda [1]).

Il riconoscimento di tali funzioni presuppone che non si dubiti della realtà del *determinismo sociale* e che si affermi che, per la difesa efficace del diritto, non basta colpire gli *effetti,* cioè le azioni antigiuridiche, ma bisogna cercare la eliminazione delle *cause* di queste.

Alla eliminazione delle *cause* provvede la funzione di *prevenzione,* alla quale hanno rivolto fin dal secolo trascorso la mente i più grandi pensatori, che nello studio dei fenomeni sociali hanno saputo tenersi lontani dalle metafisiche astrazioni, come il Bentham, il Filangieri, il Romagnosi, l'Ellero e tutti i seguaci dell'indirizzo positivo nella scienza del diritto.

Deficienza però di dati *statistici* e di risultati di studi *antropologici* e *sociali* impedì ai primi scrittori di porre le basi solide di una scienza del *diritto di prevenzione.* Onde spetta ai cultori di quegli studi determinare il vero concetto della *prevenzione* e stabilire i principî fondamentali di questa nuova scienza.

E occorre prima di tutto determinare quel concetto, perchè da non pochi si confonde la *prevenzione di polizia* colla *prevenzione sociale.* La differenza però tra l'una e l'altra è sostanziale ed è stata chiaramente delineata dal Ferri, quando ha scritto, che la prevenzione di *polizia* si limita ad impedire il reato, quando il germe ne è sviluppato ed esso è imminente, e con mezzi per lo più di coa-

---

[1]) Vedi nostri *Prolegomeni allo studio del diritto di repressione,* Bocca, 1889.

zioni dirette, che avendo essi stessi natura repressiva già sono praticati con esito infelice e spesso riescono soltanto a provocare nuovi delitti; la prevenzione sociale invece si spinge fino alle remote origini del delitto per impedirne i germi più lontani, rintracciando i diversi fattori antropologici, fisici e sociali del fenomeno criminoso, cui si oppone con mezzi del tutto indiretti e basati sul libero giuoco delle leggi psicologiche e sociali [1]).

Posta la distinzione fra le due specie di *prevenzione*, si rileva facilmente che la seconda è preferibile alla prima, che anzi dovrebbe essere a questa sostituita.

Ora la scienza della *prevenzione sociale* intesa come un sistema di principî e di norme relative ai mezzi per eliminare alcune cause della criminalità e specialmente della recidiva, o per neutralizzare ed attenuare l'efficacia di alcune altre, non è ancora veramente costituita. Ma già le forze intellettuali di molti scienziati convergono alla sistemazione di quei dati, che debbono servire di base per essa.

Distinguesi da alcuni scrittori la prevenzione in *diretta* od *indiretta*, e si fa consistere la prima nella incriminazione dei fatti e nelle inflizioni delle pene, e la seconda nel complesso dei provvedimenti di ordine pubblico amministrativo, che intendono al buon governo delle varie sfere di attività umana e sociale [2]). E logicamente da questa distinzione deriva che la *prevenzione* denominata *diretta* rientra nel magistero penale.

Che la *prevenzione* possa distinguersi in *diretta* ed *indiretta*, non vi ha dubbio; ma sembraci, che nella dottrina cennata, si confonda la nozione dell'una con quella dell'altra.

Prevenzione *diretta* non può essere propriamente che quella, la quale mira ad eliminare od a ridurre le *cause* della delinquenza; *indiretta* quella che colpisce gli *effetti*, cioè le azioni *delittuose* o meglio il *delinquente*, per agire sulle cause.

Ed è per questo che la maggior parte dei criminalisti indica fra i diversi effetti della *pena* anco quello di *prevenire* i delitti, in quanto la pena sia come *minaccia* di un male, sia come *dolore* realmente sofferto dal delinquente, diviene un *motivo sensibile*, per servirci della felice espressione del Beccaria, opposto alle cause *psicologiche* del delitto, nelle quali si compendiano, per dir così, tutte le altre cause.

---

[1]) FERRI, *Sociologia criminale*, pag. 460, 4.ª ediz. Vedi anco BRUSA, *Appunti per una introduzione al corso di diritto e procedura penale*, Torino, 1880.

[2]) LUCCHINI, *I semplicisti*, ecc., pag. 185.

Or la prevenzione *indiretta,* che, a nostro parere, è quella che deriva dalla *repressione,* rientra certamente nel magistero penale, ma non la *diretta* come si sostiene dai seguaci della dottrina sopra esposta.

Una separazione assoluta tra l'una e l'altra specie di prevenzione non è possibile, per una ragione divenuta oramai comune, che, cioè, rapporti diretti od indiretti sussistono in tutti *fatti* umani e tra le *scienze* che li studiano.

Necessario però è che la distinzione sia fatta e chiaramente, e sembraci che dopo le considerazioni fatte non possa sorgere dubbio sulle differenze fra le due specie di *prevenzione.*

§ 5.

L'indole del presente lavoro non permette che si tratti della prevenzione *diretta* od *indiretta* della recidiva. Ma, poichè da non pochi sociologi e giuristi si annovera fra i fattori della recidiva la *repressione,* in quanto talune pene, qualitativamente o quantitativamente considerate, non hanno alcuna efficacia *repressivà,* ma anzi favoriscono la criminalità, o in quanto taluni istituti *giuridici* o *politico-amministrativi* con vernice giuridica divengono cause di depravazione maggiore dei condannati e di ricaduta nella delinquenza, così crediamo opportuno, dovendo delineare una teorica scientifica della recidiva, di trattare brevemente di tali fattori di essa e delle riforme legislative necessarie.

Degli istituti politico-amministrativi dell'*ammonizione,* della *sorveglianza,* ecc., quali *cause di recidiva* abbiamo già fatto parola e non occorre, dopo quanto si è detto da illustri scrittori, insistervi [1]).

Volgiamo piuttosto la mente al sistema penitenziario, al quale hanno rivolto da un certo tempo l'attenzione i penologi.

Uno dei fini, e principale, a nostro giudizio, della pena deve essere la modificazione o correzione del delinquente, non dal punto di vista *morale* (che allora si tratterebbe di *emenda* del colpevole, che non sempre o, per dir meglio, raramente può ottenersi), ma da quello *giuridico.*

Or si afferma da molti che la *prigione* o le *pene carcerarie* sono la causa precipua della recidiva, perchè non solo non hanno

---

[1]) Questi istituti sono stati qualificati *feroci* e tuttavia inefficaci contro i recidivi. Vedi MECACCI, op. cit., pag. 572.

una influenza educativa sui condannati, ma, quel che è più doloroso, li demoralizzano completamente. La pena, secondo questi giuristi, lungi dall'aver efficacia correttrice, per il modo di attuazione, è causa di pervertimento.

E questa osservazione, che è valsa come argomento per dimostrare, come già dal principio di questo lavoro abbiamo notato, la ingiustizia dell'aggravamento di pena per il recidivo, contiene del vero, ma non tutto il vero.

Il *regime carcerario* può essere causa di depravazione per i condannati *minorenni*, per i delinquenti *occasionali*, non per coloro che ereditarono tendenze perverse o che furono corrotti dall'ambiente in cui vissero prima di commettere il delitto. Certamente anche su questi ultimi può influire un cattivo regime carcerario in quanto favorisce lo sviluppo delle tendenze al male congenite nel delinquente; ma non è di costoro che dobbiamo maggiormente preoccuparci, sì bene degli altri, di cui si è fatta menzione.

Ed è per questo che oramai la maggior parte dei criminalisti si è dichiarata contraria:

1.° alle pene carcerarie di breve durata [1]);

2.° al trattamento penale dei minorenni delinquenti, che è in vigore nella maggior parte dei Codici.

Il Lucchini, che è fautore di una completa riforma carceraria, osserva che, per risolvere questo urgente problema, bisogna che il carcere si sfolli da quella turba di condannati a piccole pene detentive, da quegli individui ancora esitanti nella via del delitto, che lo Stato mantiene in prigione con enorme sacrificio [2]).

Onde vedesi che le brevi pene detentive non solo sono sprovviste di forza intimidatrice e correttrice, ma sono anco un ostacolo potente alla riforma carceraria.

Or, se queste pene di breve durata debbono essere o abolite o necessariamente ridotte, fa d'uopo, che ad esse altri provvedimenti giuridici si sostituiscano.

E già fin dal secolo passato questo problema erasi imposto alla mente dei giuristi, che avevano criticato quella categoria di pene, e fra gli altri il Romagnosi sosteneva l'utilità di sostituire la fustigazione od altre pene più efficaci di quelle carcerarie.

---

[1]) Vedi fra gli altri FERRI, op. cit., GAROFALO, nel Rapporto al Congresso di antropologia criminale di Bruxelles; BRUSA, *Adattamento penale* (in *Cassaz. Unica*, an. 1899), LONGHI SILVIO, op. cit.

[2]) LUCCHINI. in *Riv. pen.*, an. 1893.

Altre proposte sono fatte dagli scrittori r
esse ci sarebbe molto da discutere, e non è
Ciò che interessa qui stabilire è che la
zione dei delinquenti si impone nella scienza c
senza di questa le riforme legislative sarann
Precedentemente abbiamo fatto una disti
giungere all'affermazione di una categoria di
reggibili. Dei provvedimenti da prendere con
breve, perchè è necessario trattare prima br
forme legislative, che sarebbero necessarie pe
Allo studio di queste riforme deve preluc
dei delinquenti, che per la prima volta infra
già diligentemente fatto dagli *antropologi* e c
dato come risultato oramai accolto dai più la
quenti di *occasione* da tutti gli altri che cos
rietà (delinquenti *abituali*, da suddistinguers
reggibili, delinquenti *istintivi*, ecc.).
Or le pene di lieve durata sono nel mag
flitte ai delinquenti *occasionali*, che commett
e sotto l'influenza di circostanze speciali tra
pressione delle pene detentive di breve dura
altri provvedimenti più opportuni per preven
sono riferirsi se non ad essi.
Ed a questa classe di delinquenti si è a
zione dei giuristi, e le proposte di riforma c
sono effetto di morboso sentimentalismo, ma
Bene scriveva il Lucchini, uno dei più f
riforme, che è indirizzo tutto moderno delle
quello di mitigare i rigori delle pene non s
parco o temperato, e che ad adeguare le pe
quenze ed a togliere ogni impopolarità all'op
la parsimonia della penalità e la sostituzion
per i reati non gravi [1]).

§ 6.

Fra i mezzi penali, che possono consider
caci delle pene detentive di breve durata, è
sione giudiziale.

[1]) LUCCHINI (in *Annali di statistica*, XXIV e X
zione).

Questo istituto giuridico ha avuto non pochi fautori, ma anco potenti avversari.

Dai secondi si è creduto che esso, se non sopprime, indebolisce la repressione, segna un ritorno ad un passato deplorevole della giustizia penale, togliendo ogni certezza alla pena, e lasciando al giudice facoltà di sostituire alla pena stabilita dalla legge il semplice ammonimento [1]).

Dai primi, che sono moltissimi e superiori agli oppositori per profondità di dottrina e per esperienza della vita dei delinquenti, si è notato che per i delinquenti primari e che ancor conservano il senso morale, la sola pubblicità del giudizio produce intimidazione e correzione; che quindi la *riprensione giudiziale* non si applica a tutti coloro che per la prima volta delinquono, ma a quelli che meritano speciali considerazioni, concorrendo le condizioni stabilite dalla legge; e che non trattasi di ritorno *atavico,* ma di perfezione di un concetto giuridico vero, imperfettamente attuato nei tempi trascorsi [2]).

E scriveva sapientemente il Pessina, or non è molto tempo, che l'istituto della riprensione giudiziale è salutarissimo, ove, secondo i casi, sia sostituito all'applicazione di pene privatrici della libertà per breve durata; e che non dovrebbe essere limitato al genere dei delitti che sono puniti con la detenzione, ma bisognerebbe estenderlo anco ai delitti che la nostra legge punisce con la reclusione.

E poichè, come bene osservava anco il Pessina, non v'è a temer rilassatezza dei giudici nell'applicazione prudenziale dell'istituto, ma per l'opposto vi è a temere una soverchia durezza negli organi della giustizia penale e tanta da non applicare l'instituto, così egli si spingeva fino al punto di proporre che la riprensione giudiziale si considerasse come il primo grado di pena minima nella scala delle pene, e si ponesse talvolta come pena legale secondo la più o meno lieve intensità dei reati [3]).

Al principio *optima lex quae minimum arbitrio judicis relinquit,* che fu invocato da alcuni per combattere l'istituto giuridico della riprensione giudiziale, si può opporre il principio tutto moderno della

---

[1]) Fra gli oppositori ricordiamo il Garofalo, il Dreyfus, il Liszt, il Dubois, il Rivière, ecc.

[2]) Ricordiamo fra i sostenitori di questo istituto giuridico lo Schwarze, lo Holtzendorf, il Dochow, il Berner, il Brusa, il Lucchini, l'Impallomeni, il Pessina, il Longhi, ecc.

[3]) Pessina, *Intorno alla riprensione giudiziale* (in *Atti dell'Accademia delle scienze,* XXX, 1889).

individuazione della pena e la nota osservazione del Mittermayer, che quanto più la civiltà avanza e si sviluppa la giusta idea del diritto penale, tanto più si estende la misura della facoltà di adattare l'entità della pena alla gravità del reato attribuita all'Autorità giudiziaria [1]).

Non possiamo per l'indole del presente lavoro trattare estesamente di questo istituto giuridico, indicare i pregi ed i difetti che presenta nel modo come è regolato nella nostra ed in altre legislazioni, od esaminare quali modificazioni dovrebbero essere ad esso apportate per farlo funzionare convenientemente [2]).

Riconosciamo intanto che la *riprensione giudiziale* è un istituto, che, regolato bene, è utilissimo anco per prevenire la *recidiva;* ma è necessario, secondo l'opinione di non pochi nostri illustri giuristi, che sia modificato.

La *riprensione giudiziale* infatti, se deve essere un sostitutivo delle pene di breve durata, deve avere una maggiore ampiezza di applicabilità: non può essere, ad esempio, ristretta nei confini imposti dal nostro legislatore.

Il Pessina, come già abbiamo notato, propone che l'istituto sia esteso ai delitti, che sono puniti colla reclusione, ed il Longhi saggiamente osserva che, allargando i limiti di applicabilità di esso, bisogna porre anzitutto la distinzione fra delinquenti di *occasione* e delinquenti di *abitudine.*

Ed ammessa questa distinzione, bisogna ammettere collo stesso Longhi che i criteri di applicabilità debbono essere desunti in principal modo dalla pena applicata in concreto, anzichè da quella fissata in astratto dal legislatore.

Il nostro legislatore intanto ha timidamente introdotto nel sistema penale l'*istituto della riprensione giudiziale* come misura che può efficacemente tener luogo della penalità vera e propria, solo ogni qualvolta, per la tenuità dei danni o pel grado lievissimo di responsabilità, giovi esercitare piuttosto una specie di salutare prevenzione, anzichè una più o meno severa, ma indeclinabile repressione [3]). Ed ha distinto due specie di riprensione giudiziale, la *facoltativa* (art. 26 e 27) e l'*obbligatoria,* art. 20, capov. 1.°).

Ma chi considera che la prima è applicabile quando la pena non sia superiore ad un mese di detenzione o di arresto, oppure a tre

---

[1]) MITTERMAYER, *Della misura giudiziale* (in *Scritti germanici,* IV, pag. 54).

[2]) Molto e bene è stato detto intorno a questo istituto dal LONGHI SILVIO nell'opera sopra citata, *La riprensione giudiziale,* ecc.

[3]) Vedi *Relazione ministeriale,* pag. 199.

mesi di confino o trecento lire di multa o di ammenda, e concorrano circostanze attenuanti; chi considera la condizione, alla quale è sottoposta la sua applicazione, cioè, la *malleveria,* che è il complemento di essa, comprende agevolmente che quell'istituto non può avere facile applicazione.

Di niuna utilità per la prevenzione della recidiva è la riprensione giudiziale *obbligatoria,* perchè può essere applicata solo quando si tratti di *contravvenzioni,* per le quali è stabilita la pena dell'*arresto* o dell'*ammenda* non superiori a cinque giorni, od alla somma di lire cinquanta, e concorrano inoltre le altre condizioni stabilite dall'art. 29, *capoverso* 4°.

Aggiungasi a tutto questo che i magistrati rarissimamente hanno applicato le disposizioni degli art. 26 e 27 [1]). Il qual fatto spinse il ministro Cocco-Ortu ad emettere una Circolare per richiamare l'attenzione dei giudici su quel *surrogato penale* e su altri introdotti nella nuova legislazione e di rado applicati.

Ed il Pessina deplora anch'egli che quell'istituto, pur negli angusti confini entro i quali fu accolto dalla legislazione italiana, sia rimasto come lettera morta nella nostra vita giuridica, e che le carceri siano popolate di una infinità di novizi del delitto, che diventano apparecchio ed incremento alla recidiva e all'educazione del delitto come mestiere [2]).

Certo è che per la *prevenzione* della recidiva si impone la riforma di tale istituto giuridico; riforma, che deve avere per scopo di estendere i confini della sua applicabilità e rendere efficace la sua applicazione per prevenire la recidiva.

Certamente l'applicabilità di quell'istituto non può essere estesa al di là di certi confini, se vuolsi evitare il pericolo di un' indebolimento della funzione repressiva.

Onde sorge il bisogno che altri istituti giuridici provvedano nel miglior modo possibile anco alla *prevenzione* della recidiva.

E nel Codice vigente ne troviamo altri: l'arresto *in casa* per le *donne* e per i *minorenni* (art. 21), il ricovero in una *casa di lavoro* e la *prestazione d'opera* in sostituzione dell'*arresto* (art. 22) oppure della *pena pecuniaria* (art. 19 e 24).

---

[1]) Vedi la *Relazione* di NOCITO alla Commissione per la statistica giudiziaria nell'ultima sessione di dicembre 1897 sulla *Delinquenza in Italia ed i nuovi istituti del Codice penale.* Nè le condizioni sono mutate.

[2]) PESSINA, *Intorno alla riprensione,* ecc., l. cit. Vedi anco SILVIO LONGHI. op. cit.

Utili possono riuscire, senza dubbio, gli istituti della casa di lavoro e della prestazione d'opera, perchè mirano, come ben diceva il ministro Cocco-Ortu nella Circolare sopra ricordata, all'alto intento ed all'alto interesse morale e civile di rimuovere i tristi effetti della disoccupazione, dell'improba mendicità, dell'alcoolismo, temperando la repressione col benefico magistero del lavoro, e di mitigare la disparità di trattamento fra le varie classi e condizioni sociali nella esecuzione delle pene pecuniarie, adottando per i proletari insolventi un surrogato più tollerabile che non sia quello della pena restrittiva della libertà personale.

Ma anco questi istituti giuridici, che il nostro legislatore ha riconosciuti, sono insufficienti per la *prevenzione* della recidiva. E perciò i nostri giuristi sono andati in cerca di altri istituti giuridici, che o siano più efficaci di quelli sopra indicati o che possano a quelli aggiungersi e coordinarsi per una più completa e rassicurante prevenzione dei reati in genere e della recidiva in particolar modo.

§ 7.

Un istituto giuridico diretto alla *prevenzione* dei reati è la *malleveria*. La sua origine è antica, e vige anco nei tempi moderni specialmente nelle legislazioni dei popoli di razza germanica [1]).

Esaminando però questo istituto giuridico si osserva, che esso non ha altro fine, che quello di impedire che si turbi la pace pubblica e di costringere l'individuo a dare garentia di buona condotta. Esso quindi ai fini della recidiva non ha molta utilità, anzi sembraci che non abbia importanza alcuna [2]).

L'istituto giuridico, a cui oggi si attribuisce da molti giuristi efficacia preventiva, è quello della *sospensione condizionale* della *condanna* o della *condanna condizionale.*

Esso ha assunto due forme importantissime: l'una consistente nella sospensione della condanna o nella sostituzione di un ammonimento o della malleveria *fin dal principio del procedimento* [3]), la seconda consistente nella *sospensione* dell'*esecuzione* della pena, sicchè

---

[1]) Vedi specialmente BENTHAM, *Theory of legislation.*

[2]) Nel nostro Codice la *malleveria* è un completamento delle *riprensione giudiziale,* non è istituto giuridico per sè stante (art. 27).

[3]) Prevale questo sistema nei paesi anglo-sassoni ed in Inghilterra è stato introdotto coll'*Act* di agosto 1887.

non è la condanna, a dire con proprietà di linguaggio, che è sottoposta a condizione, ma solo l'*esecuzione* di essa.

In alcuni Codici europei vige questo secondo sistema [1]; ma è manifesta la tendenza nella maggior parte dei popoli di Europa alla introduzione di esso, sia nei Progetti vari di Codice penale, che sono stati presentati in diverse Nazioni, sia in Progetti di legge speciali.

Il primo sistema ha molta somiglianza colla *riprensione giudiziale*, perchè l'uno e l'altro costituiscono un surrogato penale, ma evvi differenza in tutto il resto. E forse l'uno e l'altro istituto, a nostro giudizio, potrebbero coesistere, facendone applicazione secondo la diversa natura dei reati e l'indole e la condizione sociale dei colpevoli.

Così la *esenzione da condanna* e la *riprensione giudiziale* possono considerarsi come due istituti giuridici, che opportunamente si prestano per l'attuazione del principio scientifico moderno dell'*individuazione* della pena, e che, date certe condizioni, possono anco essere utili per la *prevenzione* della recidiva.

È però il sistema della sospensione di pena, che, applicato anco in taluni casi ai delinquenti *occasionali*, può essere un mezzo più efficace dei precedenti per prevenire la recidiva.

Ma si disputa se l'istituto della sospensione della condanna, sotto l'una e l'altra forma considerato, debba applicarsi indistintamente a qualsiasi delinquente *occasionale* responsabile di reato di lieve intensità, oppure solo ai delinquenti *minorenni*, per i quali specialmente le pene di lieve durata sono esiziali, perchè sono causa di depravazione morale, ed alle *donne*, le quali meglio che non gli uomini subiscono l'influenza degli ammonimenti e delle minacce penali.

Si osserva infatti, che la condanna condizionale o la sospensione della pena si fonda sul presupposto che si tratti di applicare la pena a giovinetti ancora esitanti nella risoluzione di chiedere piuttosto al delitto che al lavoro i mezzi per vivere, o a giovanetti che per irriflessione abbiano commesso delitti non gravi. Ma per i maggiori di età, si è detto, ammettere la *condanna condizionale* val quanto concedere a chiunque di commettere impunemente per una volta un delitto, che non abbia una certa gravità.

E sembra ad alcuni giuristi, che quest'ultima ragione per escludere l'applicazione di quell'istituto ai colpevoli di età maggiore valga anco per i colpevoli minorenni. Si nota infatti:

---

[1]) Questo sistema prevale nelle legislazioni europee, e fu introdotto dapprima nel Belgio (Legge 31 maggio 1883), poscia in Francia (Legge 26 marzo 1891).

1.° che molto scarsi e problematici sono i frutti che si possono attendere da un differimento sistematico dell'applicazione effettiva della pena fino alla perpetrazione di un secondo reato, mentre è certo che ne rimarrebbe attenuata l'efficacia intimidatrice della pena;

2.° che ai minori di età provvedono già altre disposizioni del Codice, e che quindi bisogna supporre di dovere applicare quell'istituto non a ragazzi, ma ad individui che abbiano per lo meno superato gli anni diciotto: se non che l'applicazione a costoro non varrebbe che a concedere l'impunità per un primo delitto [1]).

Sembraci che la funzione dell'istituto giuridico, di cui trattiamo, non sia stata ancora ben determinata, nè da coloro che lo combattono, nè da parecchi di coloro che lo propugnano.

La *sospensione* della pena mira a due fini; l'uno è l'attuazione, nei limiti del possibile, del principio dell'*individuazione* delle misure repressive, l'altro la *prevenzione* della recidiva. Ora per la normale funzione dell'istituto bisogna che nei casi pratici concorrano quelle condizioni che sono necessarie per il conseguimento di quei fini, sia nel loro complesso, sia separatamente presi.

La determinazione di queste condizioni deve essere appunto l'oggetto principale di esame, affinchè quell'istituto funzioni regolarmente, e non sia causa di attenuazione dell'efficacia intimidatrice della pena.

Or appunto la determinazione di quelle condizioni non è agevole; è difficile poi che sia fatta in modo completo in un Codice.

Occorre perciò che si determinino in modo preciso nella scienza quelle condizioni, e che si lasci il magistrato arbitro dell'applicazione delle norme legislative generali che vi si riferiscono.

Non ci è possibile qui indagare tutte quelle condizioni, ma ci fa d'uopo fare alcune considerazioni generali a completamento del lavoro compiuto.

§ 8.

Osserviamo dapprima che l'istituto non può essere applicato a tutti i delinquenti *minorenni*, ancorchè di lieve entità sia il reato commesso. Bisogna esaminare tutte le circostanze del fatto per indurne l'indole del colpevole, e, se si riesce a rilevare che si tratti di giovinetti in cui è il germe della delinquenza, bisogna che si ap-

---

[1]) CIVOLI, op. cit., pag. 148.

plichino ben altri provvedimenti; e di questi parecchi sono preveduti nelle varie legislazioni.

Occorre poi considerare che i minorenni delinquenti appartengono per lo più alle *infime classi* sociali, e prevalentemente commettono *reati* contro la *proprietà*, perchè stretti dai bisogni dell'esistenza. Or quale efficacia può avere per costoro l'istituto che esaminiamo? A nostro giudizio nessuna.

Ma d'altra parte l'applicazione delle pene di breve durata è per essi col regime penitenziario in vigore di maggior danno: ed ecco che la questione diviene molto complessa e di non facile risoluzione.

L'*inasprimento* della pena carceraria di breve durata, come si propone da alcuni, non avrebbe efficacia alcuna o poca; nè l'avrebbe una riforma del regime penitenziario, perchè l'ambiente sociale, in cui il condannato è costretto a vivere dopo l'espiazione della pena, esercita su di lui una influenza malefica superiore di gran lunga al dolore sofferto colla privazione di libertà per poco tempo.

Ammesso ciò, diviene evidente che il provvedimento da prendere contro questa categoria non esigua di delinquenti *minorenni* non può essere d'indole penale, ma sociale.

Si dovrebbe fondare case di lavoro, o promuovere l'istituzione di agenzie di collocamento al lavoro per questi minorenni delinquenti, ecc.

Onde è nostra opinione che l'istituto della *sospensione* della condanna o della pena non può avere che una limitata efficacia per la delinquenza dei minorenni.

Esaminiamo ora questo istituto rispetto ai delinquenti *adulti*.

Certamente anco per essi bisogna tenere conto delle circostanze particolari, nelle quali il reato si commette, e della gravità del reato stesso, perchè altrimenti, se non si sopprime, si attenua senza dubbio in molti casi l'efficacia della funzione repressiva.

Or per evitare tale inconveniente l'istituto, di cui trattiamo, non può essere applicato a tutti i delinquenti *occasionali*, quantunque i reati commessi non presentino una certa gravità.

Si dovrebbe applicare a coloro, che hanno commesso il reato in circostanze eccezionali e per moventi entro certi limiti scusabili, come ad esempio, nei casi di eccesso di *legittima difesa*, di *lesioni personali* a causa di *grave provocazione*, ecc.

Non dovrebbe stabilirsi alcun termine per considerare come espiata la pena od estinta la condanna, nè dare facoltà al magistrato, che sospende l'esecuzione della condanna, di stabilirlo.

Nel caso di *ricaduta* nella delinquenza non solo devesi fare espiare la pena inflitta con la prima condanna, ma bisogna aggravare la pena stabilita dalla legge per il secondo reato, tranne in casi eccezionali, che dovrebbero essere rimessi al prudente arbitrio del giudice.

Bisogna poi che il legislatore regoli l'istituto della *sospensione* della pena in modo, che si insinui nella società il convincimento che colui che è stato condannato *condizionalmente* non è un malvagio da doversi sfuggire, ma un individuo che, se per un momento potè scostarsi dalle norme del diritto nell'operare, è meritevole di indulgenza o di perdono.

Da quanto fin qui si è detto deducesi agevolmente che si è esagerato alquanto nel combattere o nel propugnare l'utilità e la legittimità di quell'istituto giuridico per la *prevenzione* della recidiva, e che solo è necessario che esso sia ben regolato dal legislatore e rettamente applicato dal giudice.

§ 9.

Ma non sono solamente le *pene di breve durata* causa di recidiva; poichè anco quelle assai lunghe possono cagionare lo stesso effetto, l'aumento dei recidivi.

Di ciò deve esser convinto chiunque osserva la realtà della vita carceraria e della vita criminale, ed accoglie il principio della *individuazione* della *pena;* principio, che, convenientemente attuato, produce effetti diversi, e fra questi principalmente, quello di dare vera efficacia *intimidatrice* e *correttrice* alla pena.

E fra gli istituti giuridici, che mirano ad ovviare ai danni, che in taluni casi possono derivare da una eccessiva durata delle pene è, senza dubbio, quello della *liberazione condizionale* o *provvisoria.*

Della legittimità ed utilità di questo istituto pochi oramai dubitano di fronte ai risultati ottenuti e che ci vengono segnalati dalle statistiche dei vari Stati, nei quali quell'istituto è in vigore [1]).

Anco il nostro legislatore, che riguardo a talune riforme ed innovazioni è stato timido, ha accolto l'istituto, perchè ha ritenuto che esso si raccomanda in un sistema penale che non voglia trascurare ogni più efficace strumento diretto a stimolare l'*emenda* del reo ed a combattere la *recidiva.*

---

[1]) È inutile qui ricordare i grandi scrittori, che propugnano, ed i Codici che ammettono questo istituto giuridico. In questa *Enciclopedia* si trova a luogo opportuno conveniente indicazione.

La questione, che ha avuto una certa gravità nel campo della dottrina, è quella di stabilire se il beneficio della liberazione condizionale debba concedersi a tutti i condannati a pene temporanee restrittive della libertà personale.

In alcune legislazioni sono escluse da quel beneficio alcune categorie di condannati, in altri non è fatta eccezione alcuna.

Prevalente è la dottrina, che esclude da quel beneficio alcuni condannati, ed è la dottrina, che, a nostro modo di pensare, è scientifica, perchè non tutti i delinquenti possono essere considerati alla stessa stregua.

Non sono però esatti tutti i criteri, che si sono seguíti per procedere all'esclusione. In dottrina ed in alcuni Codici si è tenuto in conto principalmente la *natura* del *reato*, secondariamente l'*indole* del *delinquente:* mentre bisognerebbe tenere in considerazione quest'ultima, se vuolsi che l'istituto giuridico giovi per *prevenire* la recidiva. La natura del reato commesso può essere uno degli elementi, importanti talora, per giudicare dell'*indole* del colpevole, ma non è il solo.

Anco, adunque, per noi la *liberazione condizionale* è istituto giuridico, che ben regolato concorre con altri alla *prevenzione* della recidiva.

Ed anco un'efficacia preventrice ed emendatrice riconosciamo nel sistema seguíto da alcuni legislatori di fare espiare a taluni condannati una parte della pena in *stabilimenti agricoli* od *industriali,* che sono case penali *intermedie.* Anche esse possono eliminare i danni, che derivano da una eccessiva durata della pena [1]).

§ 10.

Vedesi, adunque, come per combattere la recidiva giovi non solo ridurre per quanto sarà possibile le pene di breve durata, ma anco con opportuni provvedimenti mitigare in alcuni casi la gravità di alcune pene derivanti dalla loro eccessiva durata.

Non possiamo porre fine a questo fugace cenno degli istituti giuridici rivolti a prevenire la recidiva, senza fare parola di un istituto, il quale ha riscosso il plauso di molti giuristi, intendiamo dire, del *perdono giudiziale.*

---

[1]) Tali stabilimenti penitenziari sono riconosciuti anco dal nostro Codice (art. 14).

Questo ha assunto due forme, quella del perdono *prima* della *condanna* e l'altra del perdono *posteriore* ad essa. Non indaghiamo qui se questo istituto giuridico, sotto l'una e l'altra forma considerato, sia di origine moderna o si trovi in antiche legislazioni o per quali caratteri oggi differisca da quello riconosciuto nei tempi passati.

Giova solo stabilire che il *perdono giudiziale* quale istituto giuridico importa concessione al magistrato della facoltà di riconoscere l'esistenza del reato e nel tempo stesso di assolvere, non per quelle cause, che a termini di legge escludono l'imputabilità, ma per altre circostanze che sono favorevoli al colpevole, e che se non sono tenute in considerazione dal giudice rendono iniqua la sentenza, la quale è, senza dubbio, *giuridica,* perchè pronunziata in conformità alle rigide disposizioni della legge, ma non umana, perchè danneggia l'individuo senza vantaggio alcuno della società.

Non discutiamo qui della legittimità o meno di questo istituto, nè esaminiamo il movimento scientifico e legislativo avveratosi a suo favore; affermiamo solo che esso è molto utile per l'attuazione del principio della individuazione della pena, per la riduzione delle pene di breve durata, ma poco per la prevenzione della recidiva, perchè non potrebbe essere applicato che ad individui, i quali rifuggono per indole dalla delinquenza, e che per eccezionali contingenze della vita violarono le norme penali.

Non crediamo perciò necessario esaminare quali differenze intercedano tra questo istituto giuridico e la *riprensione giudiziale,* la *condanna condizionale,* ecc.; se questi istituti possano coesistere e fino a qual punto sia ciò possibile, ecc.

Preferiamo piuttosto concludere sugli istituti giuridici che si considerano ai nostri giorni come rimedi più o meno efficaci per combattere la recidiva.

§ 11.

È convincimento, che può dirsi oramai comune alla maggior parte dei giuristi e dei sociologi, che per combattere la recidiva sono insufficienti le misure *repressive,* anco le più gravi, e che sono necessari provvedimenti preventivi per eliminare alcune *cause* di quel fenomeno, per neutralizzare la forza di certe altre, ecc.

E l'efficacia di alcuni dei provvedimenti di prevenzione non solo è riconosciuta dagli scrittori, ma anco è provata dai dati statistici raccolti nei paesi dove quei provvedimenti sono stati messi in pratica.

Risulta infatti che le nazioni, che hanno meglio combattuto la recidiva, sono quelle che hanno ammesso la condanna condizionale [1]; che dove funzionano le società di *patronato* diminuisce sensibilmente il numero dei recidivi; anzi da alcuni scrittori si afferma, sebbene, a nostro giudizio, con molta esagerazione che il *patronato* salva dalla recidiva *tutti* i delinquenti [2]).

A dire breve, per fare argine contro la recidiva, bisogna, come bene osserva il Lucchini, riordinare il regime disciplinare degli stabilimenti penitenziari in base a una constatazione quotidiana della condotta e del lavoro, instituendo la liberazione condizionale, promuovendo e sussidiando le società di patronato dei liberati dal carcere e agevolando la concessione della riabilitazione [3]).

Si comprende d'altra parte che non basta prevenire, ma occorre anco *reprimere.*

Or anco la repressione deve essere ben regolata per ottenere l'effetto principale, che da essa si spera, cioè, l'*intimidazione* e l'*emenda giuridica* del recidivo.

E già noi abbiamo detto abbastanza nei *capitoli* precedenti intorno alle riforme che sarebbero necessarie, e che presuppongono come dato fondamentale la classificazione dei *recidivi.*

Qui solo aggiungiamo che ad alcuni giuristi italiani e stranieri è sembrato che un istituto giuridico efficacissimo per combattere la recidiva sia la *deportazione* o la *relegazione.* Ma l'esperienza fatta da alcune Nazioni mostra in modo evidente l'inefficacia di quel provvedimento [4]).

La *relegazione* o la *deportazione* potrebbe forse essere opportuna contro un limitato numero di recidivi, contro quelli che delinquono più sotto l'influenza di fattori *antropologici* che di fattori *sociali.* Sarebbe meglio tuttavia sostituire la condanna a *pena indeterminata* [5]).

Certo è che oramai si riconosce che *prevenzione* e *repressione* debbono andare congiunte per combattere la recidiva. Un esempio ci è dato dalla Francia con la Legge del 26 marzo 1891 *sur l'atte-*

---

[1]) Vedi ALIMENA (in *Cassaz. Unica,* vol. X, col. 385); VACCARO (in *Riv. pen.*, vol. XI, pag. 451); PESSINA, op. cit.

[2]) Vedi fra gli altri REINACH, *Les récidivistes,* pag. 69.

[3]) LUCCHINI, *Intorno al Progetto di legge sui delinquenti recidivi,* Roma, Tipografia della Camera dei Deputati.

[4]) La Francia colla rigorosa Legge del 27 maggio 1885 non ha visto diminuire la recidiva. E la reazione è sorta da parecchio tempo contro quella Legge.

[5]) Vedi il nostro lavoro in *Riforma giuridica,* an. IX, col. 33.

nuation et l'aggravation des peines, nota sotto la denominazione di Legge di Bèrenger.

Anco presso di noi diversi Progetti si sono elaborati, sia per *reprimere,* sia per *prevenire* la recidiva.

Nella seduta del 2 marzo 1893 il ministro Bonacci presentava alla Camera dei Deputati un disegno di legge sulla *condanna condizionale,* che fino a certo punto era informato alla Legge Bèrenger.

Nella Relazione che lo precedeva si osservava che, siccome il nuovo Codice penale aveva accolto taluni surrogati delle pene di breve durata, bisognava fare un altro passo nel sistema di economia di queste pene, perchè l'esperienza aveva dimostrato sempre meglio l'utilità di quei surrogati e l'inefficacia delle condanne brevi.

La facoltà di sospendere la pena era concessa al magistrato per le sentenze di condanna alle pene della reclusione, della detenzione o dell'arresto non maggiore di sei mesi, ed ove il condannato fosse una donna od un minorenne, non maggiore di un anno (art. 6).

Era vietata la sospensione della pena per talune categorie di persone e fra queste erano compresi i condannati recidivi (art. 3).

La sospensione era subordinata a talune condizioni e fra queste al pagamento delle indennità dovute alla parte lesa (art. 4).

Si provvedeva quindi ai casi di *revoca* della sospensione ed agli effetti giuridici che sarebbero derivati da tale provvedimento (art. 5, 6 e 7).

Le vicende parlamentari impedirono che questo disegno fosse sottoposto alla discussione.

Nella tornata del 22 novembre 1900 l'on. Gianturco presentava un Progetto di legge molto più complesso del precedente, perchè non solo in esso si ammetteva l'istituto della *condanna condizionale,* ma anco quelli della *relegazione,* della *deportazione* e della *vigilanza speciale* della pubblica sicurezza per i delinquenti abituali. Si proponeva inoltre l'abolizione del *domicilio coatto.*

La condanna condizionale però era limitata ai delinquenti minori degli anni diciotto (art. 2) [1]).

Da questi pochi cenni è facile scorgere che il Progetto Gianturco in molti punti discostavasi dal Progetto Bonacci, e specialmente per la limitazione del beneficio della condanna condizionale ai delinquenti minori degli anni diciotto. Egli volle attenersi in ciò alla dottrina prevalente fra i criminalisti tedeschi, che, cioè, quell'isti-

---

[1]) Lo schema di legge portava il titolo: *Abolizione del domicilio coatto e provvedimenti preventivi e repressivi della delinquenza abituale.*

tuto giuridico è più opportuno per i *giovani delinquenti*, che non per gli altri condannati: dottrina, che, come già abbiamo dimostrato, non è del tutto esatta.

E neppure lo schema dell'on. Gianturco ebbe fortuna per le vicende parlamentari.

Nella seduta del 21 maggio 1903 fu svolta e presa in considerazione la proposta di legge d'iniziativa dell'on. Lucchini, la quale si intitola: *Provvedimenti per la prevenzione della recidiva e per la riparazione degli errori giudiziari.*

Questo Progetto è informato in parecchie disposizioni alla Legge francese sopra ricordata ed alla Legge belgica, ed anco alla *Legge del perdono*, di cui specialmente si discute in Francia da un certo tempo.

Osserva il Lucchini nella sua Relazione, che l'indirizzo odierno, più saggio, più pratico, più umano, della scienza e della legislazione nella lotta contro la criminalità è di fare molto maggiore assegnamento sugli istituti e mezzi preventivi, che non su quelli repressivi, sugli indiretti che non su quelli diretti. Ciò in altri termini significa, che giova assai più rimuovere le *cause* della delinquenza, che non agire sugli *effetti*, sempre disastrosi e sempre irreparabili.

Così il Lucchini segue le tradizioni scientifiche italiane e rende omaggio a quei grandi nostri pensatori, che, ad incominciare dal Romagnosi, sostennero doversi preferire la prevenzione alla repressione, ed ai seguaci del moderno positivismo, che alla scienza della *repressione* antepongono quella della *prevenzione sociale.*

E dapprima esamina i risultati statistici della delinquenza minorenne, e constata poi, che ogni anno migliaia di minorenni vengono raccolti nelle nostre malaugurate prigioni, affinchè si demoralizzino e pervertano completamente.

Ad evitare tale inconveniente, secondo il Lucchini, efficace rimedio è la *esenzione dalla condanna*, la quale per l'art. 1 di quel Progetto può essere applicata, quando si tratta di minorenne, che non abbia compiuto i quattordici anni, e la pena che gli si dovrebbe infliggere non superi quindici giorni di reclusione od un mese di detenzione, di confino, o di arresto, o trecento lire di multa, o di ammenda.

Trattasi, come vedesi, di un'applicazione limitata della così detta *legge del perdono*. Inconvenienti non possono derivare da essa:

1.° perchè non è imposta al magistrato la sospensione della pena, ma gli è solo concessa la facoltà di farlo;

2.° perchè l'esenzione dalla condanna è a beneficio dei mino-

renni, che per lo più sono privi di quel discernimento, che è necessario per ammettere anco una mitigata responsabilità.

È concessa facoltà al magistrato di autorizzare l'assegnazione del minorenne in un istituto di educazione e di correzione sino alla maggiore età.

Per lo scopo stesso di evitare la corruzione maggiore dei minorenni delinquenti, il Lucchini propone che sia vietato rilasciare mandato di cattura contro il minore dei quattordici anni, che non sia stato precedentemente condannato, e che si conceda solo al magistrato la facoltà di ordinare che durante il procedimento il minore sia collocato in un istituto di educazione e di correzione (art. 3).

È vietato poi, in qualunque caso, che il minorenne sia rinchiuso con detenuti adulti.

Un altro istituto ammesso nel citato Progetto è quello della *condanna condizionale* o della *sospensione di pena* per una determinata categoria di delinquenti adulti e date talune condizioni.

Nel Progetto Gianturco tale istituto era stato introdotto solo per i minorenni delinquenti. Sembra al Lucchini che con tale limitazione esso non risponda degnamente allo scopo, perchè i minorenni per la loro naturale irriflessione non possono ponderare le conseguenze delle loro azioni e comprendere chiaramente lo scopo, per il quale il legislatore crede utile che la condanna sia condizionale.

Ritiene egli che sia giusto che, nelle sentenze di condanna alla pena della reclusione non oltre un anno, ovvero della detenzione del confino o dell'arresto non oltre i due anni, ovvero a pena pecuniaria, contro persona non esclusa dal beneficio della libertà provvisoria, che non sia stata precedentemente condannata alla reclusione, che abbia un domicilio certo ed a cui non manchino i mezzi di sussistenza, il giudice possa dichiarare che ne rimane sospesa l'esecuzione (art. 4); e che in caso di delitto, la sospensione possa essere subordinata al risarcimento del danno cagionato o ad altra riparazione verso la parte offesa, ecc.

Come vedesi, la sospensione della condanna è subordinata a parecchie condizioni, delle quali alcune sono sembrate gravi, perchè rendono molto difficile al giudice l'esercizio della facoltà concessagli di sospendere l'esecuzione della condanna [1]).

Varie ragioni indussero il Lucchini a proporre questo istituto giuridico e principali sono le seguenti:

---

[1]) Vedi SECHI, *Per la prevenzione della recidiva*, ecc. (in *Ronda giudiziaria*, ecc., an. I, fasc. 13).

1.° di non rendere aberrante l'applicazione della legge in quei casi pietosi, per i quali non può invocarsi alcuna giustificazione legale, ma che pur ripugna far sottostare al rigore della legge;

2.° che la clemenza consigliata al giudice verso i delinquenti primari ed occasionali lo indurrà ad una più giusta ed adeguata severità verso i delinquenti volgari e pertinaci e specialmente verso i recidivi e gli abituali;

3.° che si ottiene il beneficio dello sfollamento delle carceri, e precisamente in quella parte della popolazione detenuta, che è la più fluttuante ed ingombrante.

Infine nel Progetto, troviamo meglio regolato l'istituto della *riabilitazione* dei condannati in rapporto all'art. 100 del Codice penale ed alla legge sul *casellario giudiziario.*

Secondo il Progetto la *riabilitazione* è un istituto d'ordine *giudiziario,* e mira a temperare e arrestare gli effetti morali e civili della condanna e della pena scontata, ed ha anche essa quindi un intento, che, come dice lo stesso Lucchini, è altamente e provvidamente preventivo.

La disposizione dell'art. 100 del Codice penale viene profondamente modificata, perchè per l'art. 9 dello schema di Progetto la *riabilitazione* fa cessare non solo le vere e proprie incapacità politiche e civili derivanti dalla condanna, come stabilisce l'art. 100 del Codice, ma anco ogni altro effetto, che da essa consegue; eccezione fatta, e ciò s'intende, per l'azione e la condanna civile per le restituzioni, per il risarcimento dei danni e per le spese del procedimento, che non hanno rapporto alcuno colla finalità dell'istituto della riabilitazione.

Due specie di *riabilitazione* sono distinte nel Progetto: la *ordinaria,* che si ottiene in seguito a domanda, ammessa dopo che è trascorso un certo tempo dall'espiazione della pena, e la riabilitazione di *diritto,* che si conseguirebbe, senza domandarla, dopo il decorso di un tempo maggiore, e sempre sotto la condizione della buona condotta (art. 13).

Notisi però che la riabilitazione di diritto è ammessa quando trattisi di delitti lievi o di condanne non gravi. Essa, secondo il Lucchini, è un corollario della Legge 30 gennaio 1902. Ciò risulta dal fatto, che il diritto in essa sancito, di avere netto il certificato penale da quelle stesse condanne dopo che sono trascorsi dieci o cinque anni, e l'individuo non sia recidivo o non sia incorso successivamente in nuove condanne, costituisce di per sè medesimo una *forma attenuata di riabilitazione.*

Lo schema dell'on. Lucchini è stato da molti encomiato, anco da sostenitori di dottrine diverse da quelle seguite da lui. Non sono mancate però le osservazioni critiche relativamente ad alcuni articoli.

Comunque si giudichi quel Progetto, certo è che in esso è accolta la distinzione tra delinquenti *abituali* e delinquenti *occasionali*, ed è in modo chiaro riconosciuto che per combattere la recidiva sono insufficienti e spesso inefficaci i provvedimenti *repressivi*, e che fa d'uopo ricorrere a provvedimenti *preventivi* di natura diversa.

È da augurarsi che il Progetto dell'on. Lucchini con talune modificazioni divenga legge, perchè così si sarà fatto un passo nella via di quelle riforme legislative, che l'esperienza della vita e l'evidenza dei principî scientifici impongono.

E concludiamo colle parole del Mecacci che la recidiva oggimai va studiata seriamente, non tanto per il miglioramento delle leggi repressive, quanto per le riforme e l'introduzione di nuovi sistemi preventivi, senza sdegnare il contributo di dottrine e pratiche cognizioni, che in essa venne portato dalla scuola positiva [1]).

BIBLIOGRAFIA *).

Scrittori italiani:

CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, 1863 (*Opuscoli*) — BRUSA, *Studi sulla recidiva*, Milano, 1866 — AMBROSOLI, *Teorica sulla recidiva* (in *Archivio giuridico*, n. 1-2, 1868) — VISMARA, *La recidiva nei reati*, Firenze, 1871 — BRUSA, *Quale sarebbe il miglior mezzo per combattere la recidiva*, 1876 — ORANO, *La recidiva nei reati*, Roma, 1883 — MIANI, *Recidiva, reiterazione e continuazione*, Napoli, 1896 — BARZILAI, *La recidiva ed il metodo sperimentale* (in *Rivista delle discipline carcerarie*, 1883) — MASUCCI, *Della recidiva nell'età minore* (in *Gravina*, ann. II, 1884) — PESSINA, *La recidiva nel Diritto italiano e nelle altre legislazioni* (nella traduzione della *Teoria del Codice Penale* di CHAUVEAU ei HÉLIE) — BERNABÒ-SILORATA, *Classificazione dei recidivi in Francia* (in *Rivista delle discipline carcerarie*, an. 1889) — IMPALLOMENI, *La recidiva secondo il nuovo Codice penale italiano* (in *Riv. pen.*, serie 2.ª, 1889)

[1]) MECACCI, op. cit., pag. 572, vol. II. Di recente il Ministro Guardasigilli ha presentato un Progetto sulla *condanna condizionale* e sul *domicilio coatto*, che sarà coordinato a quello del LUCCHINI.

*) Vastissima è la letteratura della recidiva; qui indichiamo solo le opere e gli scrittori più notevoli.

— PUGLIA, *La recidiva* (in *Studi critici di diritto criminale*, Napoli, 1887 — CONTI, *La recidiva ed il Progetto Zanardelli* (in *Atti dell'Accademia modenese*, 1890) — D'ANTONIO, *Intorno alla prima parte dell'art. 80 Codice penale* (in *Riv. pen.*, 1892) — GAROFALO e CARELLI, *Dei recidivi e della recidiva* (in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, edito dal COGLIOLO) — VICO, *Per l'interpretazione dell'art. 83, n. 3 Codice penale* (in *Supplemento Riv. pen.*: vol. I) — MOSCA, *Sui delinquenti recidivi*, Sassari, 1896 — NICEFORO, *La recidiva e gli istituti penali sulla recidiva*, Roma, 1897 — RAMERI, *Alcune considerazioni in tema di recidiva specifica* (in *Cass. Unica*, vol. VII) — ALIMENA, *La recidiva, Nota di legislazione comparata* (in *Cass. Unica*, vol. X) — ANDREOTTI, *Recidiva* (in *Enciclopedia giuridica ital.*, vol. XIV, parte I) — CAVAGNARI, *Recidiva* (in *Appunti al nuovo Codice penale*) — MANZINI, *La recidiva nella sociologia, nella legislazione*, ecc., 1899 — LUCCHINI, *Intorno al Progetto di legge sui delinquenti recidivi*, 1898.

Scrittori stranieri:

TISSOT, *De la récidive* (in *Rev. leg.*, 1859) — D'OLIVECRONA, *Des causes de la récidive*, 1873 — YVÈRNES, *De la récidive et du regime pénitentiaire*, 1874 — CROOS, *De la récidive et de l'amendement des détenus* (in *France judiciaire*, 1882) — NIVELLE, *De la récidivité au point de vue pénitentiaire*, 1882 — REINACH, *Les récidivistes*, 1882 — RABANY, *La transportation et les récidivistes* (in *Nouvelle revue*, 1883) — PIGNON, *De la rélegation des récidivistes*, 1887 — BÈRENGER, *Rapport sur la proposition de lois sur les moyens préventifs de combattre la récidive*, 1889 — RIVIÈRE, *Prisons et récidivistes* (in *Bull. soc. gén. pris.*, 1889) — RÈGUIS, *La lutte contre la récidive*, 1891 — ANDRÉ, *La récidive*, 1892 — MONTVALON, *La récidive, sa répression et ses rémèdes*, 1898 — HERAUD, *Des conditions de la récidive en général*, 1898 — MOREL, *La prophylaxie et le traitement du criminel récidiviste*, 1000 — HOCBACH, *Ueber den Rückfall* (in *N. Arch.*, II, pag. 106) — GESTERDING, *Della recidiva* (in *N. Arch.*, V, pag. 481) — MÜNCHHAUSEN, *Ueber die Strafbarkeit den Rückfalles*, etc., 1870 — FRIEDLÄNDER, *Der Rückfall in gem. deutsch. Recht*, 1872 — SICHART, *Ueber Rückfälligkeit*, 1881 — SEYER, *Rückfall* (in *Holtzendorff's Rechtslexicon*, III, 1881) — SICHART, *Insbesondere der Rückfälligkeit*, 1888 — SACKER, *Der Rückfall*, 1890 — STEMANN, *Ueber den Rückfall* (in *Gerichtssaal*, 1871).

NB. — Si consultino inoltre tutti i *Trattati generali di Diritto penale*.

INDICI

a) INDICE ALFABETICO-ANALITICO

b) INDICE DEGLI ARTICOLI

DEL CODICE PENALE E DEGLI ALTRI CODICI E LEGGI

ILLUSTRATI NEL PRESENTE VOLUME

N. B. — *La cifra in carattere grassetto indica l'articolo, quella in carattere ordinario il numero della pagina.*

Codice penale.

R. D. 1.° Novembre 1889, n. 6058, contenente disposizioni per l'attuazione del Codice penale.

Codice penale per l'esercito.

Codice penale militare marittimo.

Codice di procedura penale.

Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione della legge in generale.

Codice civile.

Codice di commercio.

Codice per la Marina mercantile.

Statuto del Regno.

R. D. 26 marzo 1848, n. 695, sulla libertà della stampa.

Legge 25 maggio 1852 sullo stato degli ufficiali dell'esercito.

Legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., sulle opere pubbliche.

Legge 6 dicembre 1865, n. 2626, sull'ordinamento giudiziario.

Legge 30 agosto 1868, n. 4577, sui marchi e segni distintivi di fabbrica e di commercio.

Legge 20 giugno 1877, n. 3917, sulle foreste.

Legge 19 luglio 1880, n. 5536, all. F., sulle concessioni governative.

R. D. 8 luglio 1883 che approva il regolamento sul servizio territoriale.

R. D. 6 agosto 1888, n. 5655, che approva il t. u. delle leggi sul reclutamento dell'esercito.

Legge 22 dicembre 1888, n. 5849, sulla sanità pubblica.